

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social



TESIS DOCTORAL

Prohibiciones a la competencia del trabajador

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Diana Mayerli Díaz Plata

Director

Fernando Valdés Dal-Ré

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social



Prohibiciones a la competencia del trabajador

Memoria para optar al grado de doctor
Presentada por

Diana Mayerli Díaz Plata

Bajo la dirección del doctor
Don Fernando Valdés Dal-Ré

Madrid, 2014

Dedicatoria,

*Gracias a mi esposa por ser mi aliada incondicional y
mi compañera inquebrantable
en la lucha por alcanzar mis sueños.*

*A mi pequeño hijo, porque la sola ilusión de su llegada
me dio el impulso más grande y el amor más profundo
para no detenerme nunca en la conquista de mis metas.*

*Gracias también a mis padres,
por su amor sacrificado,
por todo aquello que me dieron y
por lo que no pudieron darme.*

*A mi tutor por permitirme el privilegio de ser guiada por él,
un profesional excelente,
y un ser humano con infinita calidez
al que siempre agradeceré y llevaré en mi memoria.*

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



Prohibiciones a la competencia del trabajador

Tesis que presenta la Lcda. Diana Díaz para la colación del Grado
de Doctor, bajo la dirección del
Prof. Dr. Fernando Valdés Dal-Ré

Madrid, 2014

Tabla de contenido

RESUMEN	8
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	9
INTRODUCTION	19

I CAPITULO

LA LIBRE COMPETENCIA Y SUS RESTRICCIONES: NOCIONES GENERALES

1. Precisión terminológica: competencia, concurrencia y competencia diferencial.....	22
2. Antecedentes históricos de la libre competencia.....	27
3. Instrumentos jurídicos para la protección de la actividad empresarial desde la perspectiva mercantil: la propiedad industrial, la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal.	31
4. El origen de la regulación sobre competencia desleal.....	34
5. Las restricciones mercantiles a la competencia de la LDC y su relación con la prohibición de competencia en el contrato de trabajo.....	35
6. La Ley 15/2007 de Defensa de la competencia	37
7. La Ley 3/1991 de Competencia Desleal.....	39
7.1 Su dimensión labora.....	39
7.2 Que información puede calificarse como secreto empresarial a la luz de la normativa de la LCD?.....	51
7.3 La captación de clientela por un trabajador como infracción a la LCD	52
8. Las prohibiciones de competencia del trabajador.....	54
8.1 Objetivos perseguidos	54

8.2	La evolución histórica de la prohibición laboral de competencia	61
8.3	Incardinación en la normativa laboral de la prohibición de competencia....	67
8.3.1	Código de Trabajo de 1926.....	68
8.3.2	Ley de Contrato de Trabajo de 1931.....	69
8.3.3	Ley de contrato de trabajo de 1944.....	70
8.3.4	Estatuto de los Trabajadores de 1980.....	72
8.3.5	El Estatuto de los Trabajadores de 1995	73

CAPITULO II

EL JUEGO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA EN LA CELEBRACIÓN DE LOS PACTOS DEL ART. 21 ET

9.	Aproximación inicial al instituto de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico.....	75
10.	Las fuentes de las obligaciones de no competencia del trabajador.....	76
11.	Diferencias derivadas de la naturaleza legal de la prohibición de competencia desleal y de la naturaleza contractual de la prohibición de competencia postcontractual.....	79
12.	La caracterización de las obligaciones de no competencia en el contrato de trabajo como obligaciones negativas	81
13.	Principios rectores en materia contractual: El principio de la autonomía de la voluntad, autonomía privada y libertad contractual	85
14.	Límites generales a la autonomía de la voluntad	88
15.	El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho laboral.....	90
16.	El principio de irrenunciabilidad e indisponibilidad de derechos en el pacto de no competencia postcontractual	93
17.	Los pactos, son cláusulas o contratos?	109
18.	Calificación del pacto de no competencia postcontractual basándose en la clasificación de los contratos civiles	114
19.	Requisitos generales de validez y específicos del pacto de no competencia postcontractual.....	115

20. La autonomía negocial del trabajador para disponer de sus derechos constitucionales en los pactos art. 21 ET	118
21. La disponibilidad por autonomía colectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores en la configuración de la obligación de no competencia post-contractual.....	120
22. Los derechos constitucionales involucrados en la prohibición de competencia del trabajador	124
22.1 La libertad de trabajar en la prohibición de competencia del trabajador	131
22.2 La adecuación constitucional del pacto de no competencia post-contractual	137

CAPITULO III

LA PROHIBICIÓN LEGAL DE COMPETENCIA DESLEAL EN EL ÁMBITO LABORAL DEL ART. 21.1 ET

23. Aproximación inicial.....	142
24. El principio de la buena fe en las relaciones jurídicas	143
24.1 La función de la buena fe como límite de derechos subjetivos	148
24.2 El principio de la buena fe en la relación jurídica laboral.....	150
24.2.1 Evolución histórica del deber de buena fe en el contrato de trabajo	154
24.2.2. La presencia del deber de buena fe en la prohibición de concurrencia desleal del trabajador	156
24.2.3 El principio de buena fe y la prohibición de concurrencia en la relación laboral del alto directivo.....	160
24.2.4 Relación entre el deber de buena fe objetivo y los pactos art. 21 ET	163
24.2.5 El deber de buena fe en las relaciones laborales especiales	165
25. Elementos de la prohibición legal de competencia desleal	166
25.1 El ámbito subjetivo de la prohibición	167
25.1.1 El deudor de la obligación: el trabajador.....	167
25.1.2 El destinatario, beneficiario, acreedor: el empresario	168
25.1.3 La identificación del empresario-beneficiario en estructuras empresariales complejas	170
25.1.4 El beneficiario de la prohibición en la subcontratación laboral, cesión ilegal y ETT	171
25.1.5 El beneficiario de la prohibición en los grupos de empresa.....	172

26	Ámbito objetivo de la prohibición de concurrencia desleal del trabajador	177
27	Los elementos que conforman el supuesto normativo del art. 21.1 ET: concurrencia y deslealtad.....	178
27.1	La concurrencia del trabajador.....	180
27.1.1	Las actividades concurrenciales por cuenta propia y por cuenta ajena.....	182
27.1.2	La determinación de la actividad desarrollada por las empresas para establecer cuál es el mercado relevante: la comparación de objetos sociales.....	187
27.1.3	Concurrencia desleal por actos preparativos.....	190
27.1.4	La conformación de sociedades competitivas del trabajador de forma directa e indirecta	194
27.1.5	Concurrencia desleal por titularidad de acciones	197
27.2	La deslealtad de la conducta.....	199
28.	La ampliación por la doctrina de los elementos constitutivos del tipo.	202
29.	Elementos de valoración en la estimación de concurrencia desleal como un incumplimiento grave	203
29.1.	La coincidencia espacial y temporal de la concurrencia.....	204
29.2.	La calificación profesional del trabajador	205
29.3.	Relevancia del perjuicio empresarial para la estimación de competencia desleal	207
29.4.	El beneficio económico del trabajador.....	210
29.5.	El consentimiento o autorización empresarial	210
30.	El deber de abstención de concurrencia desleal en las etapas de la relación laboral	211
30.1	La obligación de abstención de competencia desleal en las etapas previas a la perfección del contrato de trabajo.....	212
30.1.1	La abstención legal de competencia desleal del trabajador en la etapa de tratos preliminares	213
30.1.2	Deber de no concurrencia en el precontrato laboral	216
30.2	La prohibición de competencia desleal en el periodo de prueba.....	218
30.3.	Vigencia de la prohibición de competencia desleal en los periodos de interrupciones periódicas.	219
30.4	Competencia desleal en las interrupciones no periódicas de la prestación	223
30.4.1	La prohibición de competencia desleal durante los permisos laborales	224
30.4.2	El deber de no concurrir durante la suspensión del contrato de trabajo.....	225

30.4.3 La prohibición de competencia desleal en la excedencia voluntaria	229
30.5 Concurrencia desleal durante el tiempo de duración del preaviso	238
30.6 Competencia desleal durante la tramitación de un despido	239
31 La prohibición de competencia desleal al finalizar la relación laboral...	240
32 Consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la abstención de competencia desleal del art. 21 ET	241
32.1. El despido disciplinario por concurrencia desleal del trabajador	242
32.2 La aplicación de la teoría gradualista en la infracción por concurrencia desleal.....	244
32.3 Casuística sobre la procedencia del despido disciplinario por concurrencia desleal	245
33 Prescripción de la infracción del trabajador por concurrencia desleal ..	251
34 Indemnización por daños y perjuicios derivados de la competencia desleal del trabajador	252
35 La prohibición de competencia desleal en las diferentes modalidades de contratación.....	255
35.1 La prohibición de concurrencia en el contrato a tiempo parcial.....	256
35.2 La prohibición de concurrencia desleal en el trabajo fijo discontinuo	257

CAPITULO IV

LA PROHIBICIÓN DE NO COMPETENCIA PARA DESPUÉS DE EXTINGUIDO EL CONTRATO DE TRABAJO. ART. 21.2 ET

36. Evolución normativa del pacto de no concurrencia postcontractual	260
37 Régimen jurídico del pacto de no competencia postcontractual.....	264
38. Concepto y naturaleza del pacto	266
39. Finalidad del pacto de no competencia postcontractual	271
40. Forma y momento de celebración del pacto.....	275
41. Ámbito subjetivo del pacto.....	279
42. Ámbito objetivo del pacto de no competencia postcontractual	284

43. Requisito accidental del pacto de no competencia postcontractual: la duración máxima	299
44. Requisitos esenciales de validez del pacto de no competencia postcontractual	303
44.1 Efectivo Interés industrial o comercial	305
44.2. Compensación económica adecuada	316
44.2.1 Criterios para valorar la cuantía.....	321
44.2.2 Casuística adecuación e inadecuación de la compensación	323
44.2.3 Modo de abono de la compensación económica.....	326
44.2.4 Imposibilidad de la fijación unilateral de la compensación.....	329
45. Consecuencias jurídicas del incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual	332
45.1 Indemnización por daños y perjuicios	338
45.1.1 Clausula penal	340
45.2 Incumplimiento del trabajador y del empresario	344
45.3 Imposibilidad de desistimiento unilateral empresarial	346
45.4 Efectos del incumplimiento a terceros.....	347
46. CONCLUSIONES.....	350
BIBLIOGRAFÍA	357
LISTADO DE ABREVIATURAS	371
RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS.....	373

Resumen

El presente trabajo aborda el estudio de las prohibiciones a la competencia del trabajador previstas en el art. 21 ET, compuestas por la prohibición de concurrencia desleal y el pacto de no competencia postcontractual, en aras de entender el funcionamiento de estas dos instituciones jurídicas que limitan derechos constitucionales del trabajador, así como definir los contornos del supuesto de hecho proscrito por el legislador y la interpretación judicial de las mismas. Para ello, el planteamiento inicia con los antecedentes históricos de la libre competencia y sus restricciones, para continuar con las coincidencias y diferencias derivadas de la distinta naturaleza legal con especial énfasis en el juego de la autonomía de la voluntad. Posteriormente se describe el supuesto normativo descrito por el legislador, así como la evolución de la interpretación judicial de los elementos que componen el tipo, y las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las obligaciones de abstención.

Palabras claves: prohibiciones a la competencia, concurrencia desleal, pacto no competencia postcontractual.

Abstract

This thesis examines the restraints of trade of workers set out in art. 21 of the Workers' Statute (WS), consisting of the prohibition on unfair competitions and the post-contractual covenant not to compete, in order to understand the functioning of these two legal institutions which set out the constitutional rights of workers, as well as to define the outlines of the facts that are proscribed by the legislator and the judicial interpretation thereof. To do so, the initial focus is on the historical background of free competition and its restrictions, then it continues with the similarities and differences arising from their different legal nature, with special emphasis on the principle of free will. The regulatory framework described by the legislator is described thereafter, as is the development of the judicial interpretation of the elements that make up the legal figure and the legal consequences of the breach of the obligations to refrain.

Key words: restraint of trade, unfair competition, post-contractual covenant not to compete.

Introducción

El empresario, desde tiempos históricos, se ha preocupado por quien y como pueden competirle. La natural inquietud hacia la competencia que pueda enfrentar su unidad económica se incrementa cuando ésta puede gestarse desde dentro de su propia empresa, por aquella persona que, por su calidad de actual o de antiguo trabajador, ha sido conocedor de información confidencial sobre el funcionamiento de la organización empresarial y representa un mayor factor de riesgo para los intereses patrimoniales de la empresa.

Además, la globalización del mercado, acompañada por la irrupción de las nuevas tecnologías informáticas y de comunicación, ha influido en la potenciación de una intensa competencia empresarial que incentiva la búsqueda de ventajas competitivas que abarcan desde estrategias de flexibilidad de la organización empresarial hasta la puja por los trabajadores de los oponentes en el mercado. La facilidad de intercambio de información conlleva también una constante movilidad de los trabajadores ya sea hacia otras empresas o hacia la creación de su propia empresa, empleando en muchas ocasiones información perteneciente a su antigua empresa.

Sin embargo, la movilidad laboral, la ubicación privilegiada del trabajador y el fácil acceso y divulgación de información estratégica no tiene por qué derivar en una prohibición de competencia absoluta para el trabajador. Al contrario, en virtud de la libre competencia, característica intrínseca de la economía de mercado, el ordenamiento jurídico valida la pugna del trabajador y de los demás agentes económicos por un espacio en el universo de la oferta de los bienes y servicios, si ésta se desarrolla dentro de los cauces de la legalidad. Así, la competencia vedada por ley al trabajador es la que se realiza de forma desleal, empleando el esfuerzo y los medios ajenos de su empleador, así como la realizada por el ex trabajador cuando ha suscrito pacto de no competencia postcontractual.

El tema de interés de este estudio es el desarrollo del deber básico del trabajador previsto en el art. 5.d) ET, consistente en no concurrir con la actividad de la empresa en los términos fijados en el Estatuto de los Trabajadores. Entonces, la ley laboral cumple con el mandato legal, estableciendo en el art. 21 ET los parámetros para la prohibición de la competencia, postulando dos escenarios para el trabajador en los que está vedada la competencia: cuando incurra en concurrencia desleal (art. 21.1 E.T) y cuando haya suscrito un pacto de no competencia post-contractual (art. 21.2 E.T). Estas prohibiciones, que constituyen el eje temático de la investigación, son obligaciones a cargo del trabajador, consisten en la omisión de competencia al empleador durante la vigencia del contrato de trabajo o una vez terminada la relación laboral.

En aras de comprender los actuales términos de las prohibiciones de competencia en el ámbito laboral, es pertinente examinar sus antecedentes históricos tanto en materia mercantil, que se remontan a normas que estipulaban restricciones en ese sentido para los navieros, factores y asistentes del comerciante, como en materia laboral, donde es oportuno referirse a antiguas leyes de trabajo, para así conocer los términos de la prohibición en los diferentes textos jurídicos.

En el derecho mercantil, se encuentran las primeras normas que posibilitan la incorporación de cláusulas de prohibición de competencia. Precisamente, en el área de la competencia y de los mecanismos mercantiles para garantizar la libertad y lealtad en el mercado¹, un sector de la doctrina entiende que hay un vínculo con la prohibición de competencia en el área laboral, aunque desde mi perspectiva tienen distinta finalidad y fundamento.

Posiblemente, debido a los antecedentes históricos comunes con el derecho mercantil, el estudio de esta prohibición es abordado por un sector de

¹ FERNÁNDEZ-NÓVOA, C, et al: "*Manual de la propiedad industrial*". 2ª edición. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013. Pág. 55. "Precisamente para asegurar esta libertad el ordenamiento jurídico prevé un conjunto de normas, el derecho de la competencia, cuyo objeto es establecer las reglas a las que debe sujetarse la actividad económica que desarrollen los empresarios en el mercado para que compita en un marco de libertad y de lealtad".

la doctrina tomando como punto de partida la libre competencia y sus restricciones, fundamentada en la protección de una competencia eficaz y efectiva, a través de la Ley de Competencia Desleal (LCD) y Ley de Defensa de la Competencia (LDC), siendo entonces necesario hacer, como ya se ha mencionado, una obligada alusión a estos textos normativos.

Aunque la regulación de la competencia, entendida como mecanismo de protección del mercado, se asocia principalmente a normas de naturaleza mercantil, en la legislación laboral también se establecen reglas que favorecen la competencia en igualdad de condiciones entre los sujetos participantes en el mercado. Se inserta entonces una manifestación de la competencia desleal en el ordenamiento laboral a través de la prohibición de competencia desleal del trabajador del art. 21.1 ET.

De esta manera, el art. 21 ET formula dos escenarios diferentes en los que se prohíbe la competencia que se ocasiona en virtud de la relación laboral, con el fin de proteger la libertad de empresa y salvaguardar los intereses empresariales. Así, el legislador adopta la histórica prohibición de competencia y ofrece herramientas al empresario para neutralizar el riesgo potencial de competencia que personifica el trabajador, vinculando el mandato legal de abstención de competencia desleal al deber de buena fe contractual, adscribiéndolo como un deber inherente al contrato de trabajo y, así mismo, faculta la constitución de la obligación de no competencia postcontractual por acuerdo de voluntades.

En el primero de estos escenarios, la ley reprocha y prohíbe la competencia desleal que durante la vigencia de la relación laboral realice el trabajador a su empresario. Esta competencia se caracteriza por intentar ganar terreno en el mercado de bienes y servicios para sí mismo o para un tercero, a expensas de los medios de la empresa que lo ha contratado, perturbando el desarrollo de la actividad empresarial de su empleador. Pero la obligación de no competencia desleal, concebida como un deber inherente al contrato de trabajo, no puede exigirse una vez finalice la relación laboral.

Surge, entonces, el segundo escenario, en el cual la ley faculta a las partes para que por su libre voluntad acuerden constituir la obligación de no competencia para después de extinguida la relación laboral, supeditando su eficacia a la existencia de un efectivo interés industrial o comercial del empresario, por un tiempo determinado y en contraprestación a una compensación económica adecuada. El empleador, entonces, puede impedir la creación o vinculación del trabajador a otra mercantil, una vez finalizada su relación laboral por medio del pacto de no competencia post-contractual.

Estas dos prohibiciones de competencia, ya sea durante la vigencia de la relación laboral o finalizada esta, no son absolutas y se ciñen exclusivamente a las actividades competenciales que se desarrollen en el mismo ámbito de negocios de su antigua empresa.

Teniendo en cuenta lo anterior, el trabajador puede competir con su empleador una vez terminada la relación laboral o, aun estando vigente esta, si esta competencia no tiene los matices de desleal o si no existe pacto en contrario. En definitiva, el ordenamiento jurídico no prohíbe cualquier clase de competencia que realice el trabajador; solo restringe aquella que sea desleal o aquella que se realiza una vez finalizada la relación laboral si se ha pactado la obligación de abstención.

De este modo, el art. 21 ET, en términos generales, sería una herramienta jurídica de defensa empresarial, puesto que protege a la empresa de los actos de los trabajadores que amenazan su lugar en el mercado o su posición competitiva. Precisamente, el legislador diseñó esta red de prohibiciones de competencia porque entiende que la competencia del trabajador o antiguo trabajador presenta la singularidad del fácil acceso y aprovechamiento de información y de otros activos adquiridos y construidos por la empresa, que comprende la clientela, los secretos profesionales, los procesos de producción y el conocimiento de los proveedores y de la mano de obra, entre otros. En definitiva, busca evitar la utilización de información sobre la gestión interna de la empresa, conocida en virtud del desarrollo de una relación laboral, ordinaria o especial.

El art. 21 ET, denominado por el legislador “pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa”, consagra también otras dos figuras jurídicas que carecen de identidad con la prohibición de competencia reseñada. Por ende, los compromisos de plena dedicación y de permanencia mínima del trabajador recogidos en el mismo precepto jurídico se vislumbran temáticamente inconexos respecto al eje prohibitivo de la competencia del trabajador.

De esta manera lo entiende la doctrina, que infiere que el art. 21 ET presenta dos ejes temáticos. Uno de ellos, desarrolla el deber de no concurrencia del trabajador frente a su empresario, manifestado en la abstención de competencia desleal y la no competencia post contractual. El segundo eje, sin similitud temática entre sí, se bifurca en dos diferentes pactos, ceñidos exclusivamente a lo relacionado con la permanencia del trabajador y la plena dedicación. En ese sentido se expresa Lopez Aniorte, al considerar que estas cuatro figuras no tienen elementos comunes para estar ubicados en el mismo precepto, en especial a lo referido al pacto de permanencia². Sin embargo, para Nogueira Guastavino, independientemente de la distinta naturaleza jurídica y finalidad de las diversas figuras que consagra el art. 21 ET, coinciden todas en ser *“una limitación a la libertad de iniciativa económica y de contratación del trabajador en aras de la protección de un interés privado del empleador”*³.

Podría plantearse, así mismo, que el art. 21 ET formula un eje temático comprendido por aquellas obligaciones que prohíben el pluriempleo, de acuerdo a lo expresado en la sentencia 345/2002 de 18 de Septiembre, (AS 2002\2828) del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, que señala que el deber del trabajador de no participar en actividades profesionales para diversos empresarios está previsto en dos supuestos diferenciados: cuando tales

² LOPEZ ANIORTE, M.C.: *“La competencia del trabajador con su empresa”* Aranzadi D.L., Pamplona, 1997. pág. 14.

³ NOGUEIRA GUASTAVINO M. *“La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo”* Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997. pág. 76.

actividades constituyan concurrencia desleal y cuando, aun no constituyendo concurrencia desleal, se pacte la plena dedicación mediante compensación económica.

Ahora bien, sin perjuicio de las diferencias reseñadas entre las cuatro figuras recogidas en el art. 21 ET, también existen similitudes entre las mismas, ya que todas coinciden en estipular específicos compromisos del trabajador hacia el empresario, consistentes en no realizar determinados comportamientos⁴. Además, éste precepto laboral permite en los tres pactos regular la acción de la libertad de las partes para generar distintas obligaciones, condicionando su nacimiento a la concurrencia de unos requisitos legales. De esta forma, la normativa legitima que, por medio de la celebración de un pacto, el trabajador se obligue durante la vigencia de la relación laboral a permanecer un tiempo mínimo, a realizar su prestación laboral en exclusiva para su empresa, o a no competirle a su empresario una vez finalizada la relación laboral.

De tal forma, en aras de prohibir la competencia del trabajador, el art. 21 ET posibilita que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en la ley particular, emanada del acuerdo de voluntades, se limiten derechos constitucionales del trabajador, como el derecho al trabajo y la libre elección de ocupación y oficio amparados por el art. 35 CE. Precisamente, debido a la incidencia de los pactos en la limitación de los derechos constitucionales del trabajador, se condiciona su validez al cumplimiento de unos rigurosos requisitos, que impiden una excesiva e injustificada restricción de los mismos.

En consecuencia, el común denominador de todos los pactos del art 21 ET es la voluntaria restricción del trabajador de los derechos constitucionales, afectando su propio derecho al trabajo y a la libertad de trabajar⁵. Así, el pacto de permanencia restringe la libertad a trabajar, en su dimensión del derecho a

⁴ RUBIO DE MEDINA, M.D: “*El pacto de permanencia en la empresa*” Ed. Bosh S.A, Barcelona, 2005. Pág. 11.

⁵ LUJAN ALCARAZ, J: “La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales, en AS, vol. 2 No 3, 2009, Pág. 11 ss.

dimitir. El pacto de plena dedicación o dedicación exclusiva afecta a la libertad de pluriemplearse. El pacto de no competencia postcontractual limita con mayor intensidad la libertad de trabajar, ya que impide la movilidad laboral y el ejercicio de la profesión u oficio para el cual está capacitado el trabajador.

El núcleo esencial del art. 21 ET es la armonización entre las obligaciones del trabajador, sean estas inherentes al contrato de trabajo, como la buena fe y la no concurrencia del trabajador, o libremente asumidas por intermedio de un pacto, y los derechos de rango constitucional, como el derecho al trabajo y la libre elección de profesión u oficio. Para Lujan Alcaraz, el mérito de este precepto es, precisamente, regular “las limitaciones a la libre concurrencia del trabajador con su empresa sin sobrepasar el contenido esencial del derecho al trabajo”⁶.

Con el pacto de no competencia postcontractual y la prohibición de competencia desleal también se limita la libertad reconocida en la constitución española en el art. 38 que faculta a las personas físicas o jurídicas de comparecer en el mercado para ofrecer sus bienes y servicios. No obstante, estas limitaciones a la competencia del trabajador establecidas por el art. 21 ET, más que reducir el contenido del art 38 CE, son una defensa de este derecho, ya que dicho precepto laboral obedece al afán del legislador de asegurar la libertad de empresa, para lo cual fija algunas reglas y límites a la actividad económica de los empresarios, para que aquellos que concurren al mercado y, además tengan la condición de trabajador, desempeñen su actividad laboral y empresarial bajo los parámetros de lealtad, para que de esta manera impere correctamente el sistema económico. A través del art 21.1 y .2 ET se ordena la competencia en la esfera más pequeña del sistema económico compuesta por la empresa, cuya deslealtad por los sujetos intervinientes en la relación jurídica podría derivar a mayor escala en un incorrecto desenvolvimiento del mercado.

⁶ Ídem.

Nuestra perspectiva de análisis se ciñe exclusivamente a la prohibición de competencia desleal y al pacto de no competencia post-contractual. Como ya se ha aclarado, éstas cláusulas, además de tener un objeto genérico común referido a una obligación negativa de abstención de competencia del trabajador, coinciden en la identificación del sujeto acreedor correspondiente al empresario. Derivada de esta característica, se desprende que constituyen obligaciones en cabeza del trabajador o extrabajador. Sin embargo, a pesar de tener esos elementos coincidentes, no pueden confundirse, pues cada uno de ellos instrumenta instituciones jurídicas diferentes, con objetivos específicos y requisitos particulares distintos.

De los anteriores planteamientos se deduce que las dos obligaciones son manifestaciones de la restricción a la competencia del trabajador; empero, son instituciones diferentes regladas por una normativa particular en cada caso. Sus principales diferencias radican en tres aspectos: la naturaleza de la obligación, por un lado legal y por otro contractual, el sujeto activo de la obligación, por un lado el trabajador y por otro el antiguo trabajador sin relación laboral vigente y, para finalizar, la no menos importante diferencia comprendida por el objeto de la prohibición: en una se prohíbe la competencia realizada de forma desleal, y en otra la competencia leal o no, realizada por el antiguo trabajador en el misma área de actividades de su anterior empresa. No obstante lo anterior, para Martínez Girón las dos figuras estipuladas en el art. 21 ET prohíben un mismo tipo de competencia desleal pero en un momento distinto de la relación laboral: la competencia desleal contractual durante la relación laboral y la competencia desleal postcontractual finalizada la relación laboral a través del pacto de no competencia postcontractual⁷.

Aun cuando es innegable que la naturaleza histórica del derecho laboral es la protección del extremo de la relación laboral más débil, ello no impide que el derecho del trabajo también proteja los intereses del empresario. Sin duda, los pactos enunciados y la prohibición legal de competencia desleal obedecen

⁷ MARTINEZ GIRON, J., et al.: “*Derecho del trabajo*” Ed. Netbiblo, 2ª Ed., A Coruña, 2006. Pág. 273.

a fines de protección de los intereses patrimoniales del empresario; pero estos no prevalecen irrestrictamente sobre los derechos constitucionales del trabajador. La balanza jurídica no se inclina hacia ninguno de los dos extremos de la relación laboral, sino que equilibra dos intereses contrapuestos; por un lado, la libertad de empresa del empresario y, por otro, la libertad profesional del trabajador.

El análisis de la prohibición de competencia en el contrato de trabajo no incluye el estudio del pacto de plena dedicación, porque la principal finalidad del mismo no es la abstención de desarrollar actividades concurrenciales perjudiciales para los intereses del empresario, sino asegurar que el empresario sea el único receptor de la totalidad de la prestación del trabajador a través de una dedicación mayor y en exclusiva. Aunque por obvias razones la plena dedicación impide desarrollar cualquier otra actividad, sea o no concurrencial con la del empresario, la misma no puede considerarse como una prohibición de competencia inmersa en la relación laboral; aunque el pacto de plena dedicación consigue un “ensanchamiento de la prohibición de concurrencia”⁸, no es ese el objetivo central del mismo.

En síntesis, el pacto de plena dedicación también puede inhibir de forma indirecta al trabajador de formular competencia al empresario; pero el ámbito de aplicación es más extenso, porque prohíbe toda actividad sea o no concurrencial con la realizada por su empresario⁹. Por lo anterior y por su distinta finalidad y fundamento, dicho pacto no está incluido en el objeto de estudio del presente trabajo, cuyo contenido temático se limita a la prohibición de concurrencia desleal del trabajador y el pacto de no competencia postcontractual, que tienen la misma finalidad.

En suma, el presente estudio versa sobre las limitaciones a la competencia en la relación laboral consagradas en el art. 21 ET, a través de la

⁸ ALCAZAR ORTIZ, S., DE VAL TENA, A.L.: “Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa” en *R.L.* No 3, 1995. Pág.128.

⁹ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “*La prohibición de competencia desleal*”. Ob. cit. Pág. 38.

abstención legal de competencia desleal y el pacto de no competencia postcontractual. El objetivo es analizar la prohibición de competencia durante la relación laboral y posterior a la extinción de esta, tanto en las relaciones laborales ordinarias como en las relaciones laborales especiales, pero realizando un estudio sistemático de la legislación vigente en esta materia.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el presente trabajo se inicia con el estudio de la libre competencia y las restricciones impuestas a la misma. Posteriormente, en el siguiente capítulo, se procede al análisis del juego de la autonomía de la voluntad en el artículo 21 ET, con énfasis en el pacto de no competencia post-contractual. En último lugar, el análisis específico de la abstención de competencia desleal y del pacto de no competencia post-contractual, así como de los elementos que conforman cada supuesto de hecho, se desarrollan en los dos capítulos finales.

La investigación se plantea desde la óptica de las relaciones laborales ordinarias, sin perjuicio de aludir también a las relaciones especiales de alta dirección, debido a la graduación de la prohibición de concurrencia prevista para este tipo de relaciones laborales. Por ende, la regulación en esta materia no se inscribe únicamente a lo dispuesto en art. 21.1 ET; es necesario entonces remitirse a la reglamentación específica en cada caso y, subsidiariamente, a lo previsto en el ET. Por lo tanto, en la relación laboral de los altos directivos el precepto a observar es el art. 8 RD 1382/1985. En la relación laboral de las personas que intervienen en operaciones mercantiles sin asumir el riesgo y ventura, el punto cardinal normativo son los arts. 9 y 10.4 RD 1438/1985. En la relación laboral de los deportistas profesionales, los arts. 11 y 16 RD 1006/1985 regulan esta materia. Por su parte, en la relación laboral de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, la pauta legal esta demarcada en los arts. 10, 11 y 12 RD 1331/2006. Finalmente, la normativa concerniente a los empleados de las Administraciones Públicas son los arts.1 de la Ley 53/1984 y 53 de la Ley 7/2007.

Introduction

The subject of this study is the development of the basic duty of workers set out in art. 5. d) WS, which consists of not competing with the company's activity in the terms set out in the Workers' Statute. Therefore, labour law complies with the legal mandate, setting out in art. 21 WS the parameters for the prohibition of competition, setting out two scenarios for the worker in which competition is prohibited: when he commits unfair competition (art. 21.1. WS) and when he has signed a post-contractual covenant not to compete (art. 21.2 WS). These prohibitions, which shall be the thematic focus of this research, are obligations on the worker, consist of not competing with the employer during the validity period of the employment contract or once the employment contract has expired.

In order to comprehend the current terms of the prohibition on competition in the area of employment, it is possible to start by examining its historical background, as regards both commerce, which go back to rules that stipulated restrictions in that sense for ship owners, freight clerks and merchants' assistants, and employment, where it is appropriate to refer to old labour laws, to thus know the terms of the prohibition in the various legal contexts.

In commercial law there are found the first regulations that made it possible to include non-competition clauses. Possibly, due to the historical background shared with commercial law, the study of this prohibition is approached through some authors taking as their starting point free competition and its restrictions, based on the protection of efficient and effective competition and, through the Unfair Competition Act (UCA) and the Defence of Competition Act, it being necessary then to make, as has already been mentioned, an obligatory allusion to these regulatory texts.

Although the regulation of competition, taken to be a mechanism for protecting the market, is associated mainly with commercial regulations, rules

are also set out in employment legislation that favour competition under the same conditions among persons participating in the market. A manifestation of unfair competition is then inserted into labour law through the prohibition of unfair competition of the worker art. 21.1 WS.

In this way, art. 21 WS sets out two different scenarios in which competition that arises due to the employment relationship is prohibited, in order to protect free enterprise and safeguard the interests of companies. Thus, the legislator adopts the historical prohibition on competition and offers the businessperson tools to neutralise the potential risk of competition in the form of the worker, linking the legal mandate to refrain from unfair competition to the duty of contractual good faith, setting it out as a duty inherent in the contract and, in exactly that manner, it authorises the creation of the post-contractual obligation not to compete due to a concurrence of wills.

In the first of these scenarios, the law reproves and prohibits the unfair competition carried out by the worker against his employer during the period of the employment relationship. In the second scenario, the ley authorises the parties to, in accordance with their free will, agree to establish the obligation to not compete for after the conclusion of the employment relationship, making its applicability subject to the businessperson having a real industrial or commercial interest, for a specified time and to giving adequate financial compensation as valuable consideration.

As such, it makes it possible that, in accordance with the principle of the autonomy of will, in the specific law, a product of the concurrence of wills, the worker's constitutional rights, such as the right to work and the free choice of occupation or trade protect by art. 35 CS, shall be limited.

The essential core of art. 21 WS is the harmonisation between the obligations of the worker, whether these are inherent in the employment contract, such as good faith and the worker's non-competition, or freely accepted by an agreement, and constitutional rights, such as the right to work and the free choice of profession or trade.

In summary, this study is about the limitations to competition in employment relations set out in art. 21 WS, through the legal prohibition on unfair competition and the post-contractual covenant not to compete. The objective is to analyse the prohibition on competition during the employment relationship and after its expiry, in both ordinary and special employment relations, but by carrying out a systematic study of current legislation in this area.

Taking into account the foregoing, this thesis begins by studying free competition and the restrictions imposed on it. Thereafter, in the next chapter, the principle of free will in article 21 WS is analysed, with emphasis on the post-contractual covenant not to compete. Finally, the specific analysis of refraining from unfair competition and the post-contractual covenant not to compete, as well as the elements that make up each factual element, are expounded in the final chapters.

The research is focused on ordinary labour relations, though it also alludes to the special labour relations of senior management, due to the gradation of the restraint of trade set out for this type of labour relations.

I CAPITULO

La libre competencia y sus restricciones: nociones generales

1. ***Precisión terminológica: competencia, concurrencia y competencia diferencial***

Al iniciar el estudio de las prohibiciones laborales a la competencia del trabajador, una de las primeras e inmediatas cuestiones que surgen es definir los vocablos relativos a esta materia.

Está claro que el art. 21.1 y 2 ET versa sobre la prohibición de competencia del trabajador en dos específicos supuestos; no obstante, el legislador recurre al uso de vocablos diferentes al consignar la prohibición de concurrencia desleal y al reseñar el pacto de no competencia post contractual.

En torno a esos términos, concurrencia y competencia, se despliega el régimen de prohibición de competencia en el contrato de trabajo, ya sea durante su vigencia o posterior a la finalización del mismo.

La competencia es un concepto económico y jurídico, cuya complejidad impide unidad conceptual en estos dos campos¹⁰. Su desarrollo está vinculado a la evolución de la libertad de empresa¹¹. En un sentido amplio, es el marco jurídico y económico del sistema de economía de mercado; en otras palabras, es *“el ambiente jurídico que todo empresario tiene derecho a encontrar a lo largo de su actividad profesional”*¹².

¹⁰ GUAMAN HERNANDEZ, A.: *“Derecho del Trabajo y Legislación de defensa de la competencia”* 1ª Ed., Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008. Pág. 31.

¹¹ JIMENEZ SANCHEZ, G.J.: *“Derecho mercantil: concepto, método y fuentes”*. 13ª Ed., Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2009. Pág. 772.

¹² *Ibídem.* Pág. 773.

La concurrencia, por su parte, ha sido definida por la jurisprudencia como “la dedicación a actividades de la misma o similar naturaleza o rama de la producción de las que se está ejecutando en virtud de contrato de trabajo”¹³. La sentencia 345/2002, de 18 de Septiembre, (AS 2002/2828), Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, afirma que la concurrencia del trabajador implica “una actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado, por parte del trabajador, que entra en competencia económica con el empresario por incidir en un mismo ámbito de mercado en el que se disputa un mismo potencial de clientes”.

La definición de concurrencia suele estar relacionada con coincidir o confluir en un mismo lugar o tiempo. Ajustando esta noción al entorno lingüístico en que es empleada, la concurrencia para este contexto jurídico designa la coincidencia de las actividades del trabajador en el mismo mercado en el que desarrolla sus actividades la empresa para la que labora¹⁴. Por tanto, la noción de la concurrencia prohibida del art. 21 ET es la participación en el mercado en un mismo espacio geográfico, con simultaneidad en el tiempo y coincidencia con la actividad del empresario, sea igual o análoga actividad. Por consiguiente, para establecer que existe concurrencia del trabajador hacia su empresario, es necesario que se desarrolle en el mercado relevante; es decir, que la coincidencia de ofertas de bienes y servicios del trabajador y el empresario se desarrolle en el mismo ámbito material, geográfico y temporal¹⁵.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social), en Sentencia núm. 215/2011 de 14 enero (AS 2011\926), distingue entre competencia y concurrencia, en cuanto que considera que la prohibición de

¹³ STSJ de Andalucía, (Sala de lo Social) núm. 3049/2009 de 9 diciembre (JUR 2011\111646). STS 22 de Mayo de 1986 (RJ 1986, 2609). Definición acogida por GARCÍA VIÑA, J.: “*La buena fe en el contrato de trabajo*” *Especial referencia a la figura del trabajador*. CES, Madrid, 2001. Pág. 213.

¹⁴ SEMPERE NAVARRO A.V.: “*El contrato de trabajo: la extinción del contrato de trabajo*. Vol. IV.” Ed. Aranzadi, Navarra, 2011. Pág. 438.

¹⁵ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “*La prohibición de competencia desleal...*” Ob. Ci. Pág. 216. Demarca el mercado donde se realiza la concurrencia del trabajador con su empresario, como el “mercado relevante”, atendiendo al concepto previsto por la normativa antitrust americana y del derecho general de la competencia.

competencia pactada en el convenio colectivo para la excedencia voluntaria no puede equipararse a una prohibición de no concurrencia, entendiendo que es de mayor extensión el concepto de concurrencia que de competencia, considerando ineficaz el pacto particular que amplía la prohibición convencional por ser más restrictivo¹⁶.

Pese a la percepción de algún tenue matiz diferenciador entre los dos términos, relativo a la ausencia de oposición o contienda en la noción de concurrencia, la doctrina es unánime al considerar que los dos vocablos hacen referencia a la misma noción, comprendiendo ambos términos la situación de realizar actividades competitivas¹⁷.

Nogueira Guastavino resalta la diferencia que en el ámbito mercantil tenían los términos concurrencia y competencia, destacando que la concurrencia se refería a los sujetos que participan en el mercado, mientras que la competencia aludía a los bienes que se ofrecen y buscan ocupar un lugar en el mercado. Cabe aclarar que la diferencia terminológica entre concurrencia y competencia en el ámbito mercantil, que sirvió para construir la normativa contra la competencia desleal en dicho ámbito, cayó en desuso, y, hoy, ambos términos se emplean indiscriminadamente¹⁸.

Esta diferencia, a efectos de la normativa mercantil, se vislumbra en algunas resoluciones judiciales, que han señalado que no se debe confundir competencia con concurrencia, pero en alusión a la Ley de Competencia

¹⁶ La sentencia reseñada expresa “la norma convencional habla de competencia, y no de concurrencia. En consecuencia, cuando el trabajador presta servicios para la competencia durante la situación de excedencia voluntaria, sin que exista una expresa prohibición de concurrencia, ya que la excedencia voluntaria no equivale a un supuesto de suspensión contractual, el único incumplimiento que se le puede imputar, es el de simple competencia que pudiese constituir algún tipo de transgresión de la buena fe contractual pero que ni legalmente, ni en este caso convencionalmente, permite justificar la extinción de su contrato”

¹⁷ LOPEZ ANIORTE M.C.: “*La competencia del trabajador con su empresa*” Ob. Cit. Pág. 25.

¹⁸ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “*La prohibición de competencia desleal...*”. Ob. Cit. Pág. 173.

Desleal¹⁹. En ese mismo sentido, se manifiesta la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid núm. 143/2012 de 16 julio (JUR 2012\336059), que recuerda el objeto y fundamento de la protección desplegada por la LCD, reseñando que la norma procura el correcto funcionamiento del sistema concurrencial que sostiene la organización económica a nivel español y europeo. Según lo manifiesta la sentencia referida, “la finalidad concurrencial del acto se presume cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero (art. 2.2 LCD), sin que pueda supeditarse la aplicación de la Ley a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal tal como establece el art. 3.1 LCD, porque, lo que se exige es la existencia de actos realizados, con trascendencia externa, en el mercado, como ámbito de confluencia de las leyes de la oferta y la demanda, con fines concurrenciales -idóneos para promover o asegurar la difusión de prestaciones propias o de un tercero-, sin que quepa confundir competencia con concurrencia”.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), en Sentencia núm. 47/2009 de 10 febrero RJ 2009\1480, recuerda la sentencia de 28 de Septiembre de 2007 (RJ 2007, 8620), que expresó que no cabe confundir la concurrencia en el mercado con la existencia de competencia y que tal confusión se produce "al estimar que no hay concurrencia en el mercado por el simple hecho de actuar las dos empresas en sectores distintos".

El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), en Sentencia núm. 963/2000 de 18 octubre (RJ 2000\8809), aclara que la prohibición de concurrencia reseñada en el art. 21.2 ET es diferente a la concurrencia desleal. Concluye que la prohibición de la mera concurrencia, el ejercicio mismo de la actividad concurrente es, en definitiva, la imposibilidad de realizar lícitamente el mismo tipo de actividad y está vedada para determinados sujetos por la Ley o por

¹⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 827/2011 de 22 noviembre RJ 2012\1636, (Sala de lo Civil) núm. 963/2000 de 18 octubre RJ 2000\8809; 11 julio 2006 (RJ 2006\4977).

convenio. En la prohibición de la concurrencia por convenio del art. 21.2 ET, la ilicitud radica en la mera y sola concurrencia. En cambio, la competencia lícita se convierte en un comportamiento desleal cuando se utilizan medios que la distorsionan en ilícita.

Ahora bien, hay otra locución que gravita sobre las prohibiciones laborales de competencia comprendidas en el art. 21.1 y 2 ET; es el concepto de la concurrencia diferencial que alude como fundamento de la prohibición²⁰ a la competencia cualificada o especial formulada por un sujeto vinculado a la empresa, sea por una relación laboral o por una relación societaria²¹, en virtud de la cual, aquel tiene conocimiento de los procesos comerciales, de producción y de gestión de la empresa que le otorga una ventaja competitiva²².

Esta noción, acogida jurisprudencialmente en la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 octubre 1990 (RJ 1990\7722), la refiere como aquella producida por el antiguo trabajador por el conocimiento del interior de la empresa y las peculiaridades comerciales y de fabricación²³.

²⁰ CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: *"Prohibición de competencia y contrato de trabajo"* 1ª Ed., Ed. Ministerio de Trabajo, Madrid. 1977. Pág. 146. El autor otorga a la doctrina italiana la autoría del concepto de competencia diferencial, aunque no es partidario de considerarla el fundamento de la prohibición laboral de competencia.

²¹ BAYLOS GRAU, A.: "La prohibición de concurrencia desleal. Notas sobre la evolución legal y jurisprudencial" en *Temas Laborales* No 8, 1986, Pág. 10 en LOPEZ ANIORTE, M.C.: *"La competencia del trabajador con su empresa"* Ob. Cit. Pág. 27.

²² RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: "Limites a la competencia y contrato de trabajo". en *RPS*, No 116. 1977, Pág. 9 ss. Otra autor que alude al concepto de competencia diferencial es NEVADO FERNANDEZ, M.J.: *Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo* Tecnos, DL, Madrid, 1998. Pág. 75. También PEDRAJAS MORENO, A: "El pacto de no concurrencia postcontractual: aspectos prácticos para su instrumentación, desde la óptica jurisprudencial" en *AS* Núm. 7/2002, BIB 2002/1000 alude a que "se trata, pues, de evitar a la empresa de origen la llamada, jurisprudencialmente, competencia diferencial", CHARRO BAENA, P.: "Nota sobre la posibilidad de fijar en convenio colectivo la abstención de la actividad competitiva postcontractual de los trabajadores de telefónica" *AS*, vol II, 1998 Pág. 2539 y ss. "en esta competencia diferencial en la que se fundamenta el pacto de no competencia poscontractual", ZURDO SANCHIDRIÁN, G.: "Incumplimiento del pacto de no competencia" *El Graduado: Boletín Informativo del Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid*, Nº. 48, 2005, Págs. 32-33.

²³ STSJ de Andalucía, núm. 2050/1999 de 17 septiembre (AS 1999\2960), STSJ de Asturias, núm. 966/2008 de 9 mayo AS 2008\1432 alude también al concepto de competencia diferencial reseñado en la STS de 29 octubre de 1990 (RJ 1990\7722)

Para finalizar, cabe concluir que, a pesar de la posible confusión que pueda presentarse entre concurrencia y competencia, la doctrina²⁴ coincide en que no hay diferencias conceptuales relevantes, ya que los dos conceptos son usados para referir a la actividad competitiva que realice el trabajador en el mismo ámbito de mercado que su empleador, aunque ésta se desarrolle por cuenta ajena o cuenta propia, aludiendo a las prohibiciones laborales contenidas en el art. 21.1 y 2 ET.

2. Antecedentes históricos de la libre competencia.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), en la sentencia de 11 julio 2006 (RJ 2006\4977), dice que “la Constitución española de 1978, hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia”. Significa, entonces, que los sistemas jurídicos económicos español y europeo descansan sobre los cimientos del modelo basado en la economía de mercado. A su vez, los cimientos de estos sistemas económicos se basan principalmente en la libertad de competencia y la libertad de empresa, que han tenido un desarrollo conjunto.

Actualmente, el principio jurídico-económico de la libre competencia está recogido en los arts. 119 y 120 de la versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. En el ámbito español, el principio de libre competencia es un principio constitucional implícito, porque se conecta con el derecho fundamental de la libertad de empresa consagrado en el art. 38 CE²⁵.

²⁴ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “*La prohibición de competencia...*” Ob. Cit. 175. Refiere que la ambigüedad en la nomenclatura no aporta nada concluyente. En el mismo sentido se expresó LOPEZ ANIORTE, M.C.: “*La competencia del trabajador con su empresa*” Ob. Cit. Pág. 26. Explica que las disquisiciones terminológicas en este asunto no conducen a ningún resultado relevante.

²⁵ TARDÍO PATO, J.A.: “*Los principios generales del derecho*” Ed. Bosch, Barcelona, 2011. Pág. 184.

En una breve alusión a los precedentes históricos de la libre competencia, se debe resaltar que, en tiempos pretéritos, la competencia era limitada y controlada, restringida tan solo a los gremios o corporaciones, o supeditada al arbitrio de una concesión o privilegio real²⁶. Sin embargo, en el siglo XVIII se estructura un sistema económico y político que deja atrás las relaciones feudales y sus prácticas económicas restrictivas o monopólicas. El libre acceso al mercado y, por ende, a la competencia nace con la instauración de un nuevo orden económico y político marcado por la ideología del liberalismo económico que emerge con el triunfo de la Revolución francesa y de los principios burgueses.

La Ley Chapelier de 1791 marca el momento cumbre en la instauración de la libertad económica al decretar la prohibición de las agremiaciones e instaurar la libertad de empresa en Francia.

Pero antes de esta importante ley, hay dos precedentes normativos relevantes: el edicto Turgot y el decreto d'Allarde. El Edicto Turgot de 1776 abole las organizaciones gremiales con el fin de garantizar la libertad de industria y comercio²⁷. El decreto d'Allarde, que también se expresa en la misma línea de liberalización, declara en 1791 la libertad de comercio y de industria, suprime las corporaciones, señoríos y manufacturas privilegiadas y fija un impuesto para ejercer la profesión, denominado la patente²⁸. Posteriormente, ante el conflicto entre burgueses y artesanos que querían imponer, por un lado, el libre mercado y, por otro, sus tarifas artesanales, se dictó la Ley Chapelier, que, en consonancia con lo dispuesto por la ley d'Allarde, proclama la libertad de trabajar de los trabajadores, la desaparición de las asociaciones y corporaciones, impulsando con esas medidas la libertad de mercados y la hegemonía de la autonomía de la voluntad privada²⁹.

²⁶ CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J: "*Prohibición de competencia...*" Ob. Cit. Pág. 25

²⁷ GUAMAN HERNANDEZ, A.: "*Derecho del Trabajo y Legislación...*" Ob. Cit. Pág. 36.

²⁸ ALVAREZ DE LA ROSA, M.: "*La construcción jurídica en el contrato de trabajo*" Ed. Comares, Granada, 2011. Pág. 26.

²⁹ *Ibidem*. Pág. 27 ss.

En España se declaró la disolución de los gremios y se consagró el principio de libertad de industria y comercio en el Decreto de las Cortes de Cádiz de 8 de junio de 1813³⁰, cuyos excesos derivaron en la reacción obrera marcada por el ímpetu asociativo que culminaría con la consagración en la Real orden circular de 28 de febrero de 1839 del derecho de asociación en la primigenia forma de las asociaciones mutualistas³¹.

Además de los excesos en el ámbito laboral, ocasionados por la autoregulación y el libre intercambio de bienes y servicios, que proveía de libertad al empresario de fijar el contenido de la relación laboral inscrita en la modalidad civil de arrendamiento de servicios³², también se dieron abusos en el tráfico mercantil, que se orientaba en el concepto de la competencia perfecta³³, por las prácticas monopolísticas y abusos de la competencia.

Debido a lo anterior, a principios del siglo XX, los países industrializados innovaron en la creación de sistemas legales orientados en imponer límites a las prácticas que alteraban el mercado de la libre competencia. En este contexto, surge en el año 1890 la Ley norteamericana conocida como Sherman Act o antitrust. Aunque dicha ley fue antecedida por la ley canadiense de 1889, es aquella primera la que ha servido de referencia en este aspecto para las demás legislaciones del mundo y que es asociada como la primera disposición de la competencia.

³⁰ ALARCON CARACUEL, M.R.: *"El derecho de asociación obrera en España (1839-1900)"* Ediciones de la Revista del Trabajo. Madrid. 1975. Pág.35.

³¹ Ibídem. Pág. 79 ss.

³² ALVAREZ DE LA ROSA, M.: *"La construcción jurídica..."* Ob. Cit. Pág. 38.

³³ GUAMAN HERNANDEZ, A.: *"Derecho del Trabajo y Legislación..."* Ob. Cit. Pág. 38. Explica que en el sistema basado en la libre competencia, buscaba que el mercado se mantuviera en una competencia perfecta, donde hubiera pluralidad de actores sin fijar precios, pero esto derivó en abusos de todo tipo.

La Sherman Act influyó en la legislación europea, tanto a nivel comunitario como estatal³⁴, siendo adoptada en Europa después de la segunda guerra mundial. Las normas antitrust europeas, que tienen su origen en la construcción comunitaria³⁵, fueron expresamente reseñadas en el tratado de Roma suscrito en 1957.

El intervencionismo estatal en Europa se bifurca en dos vías, a través de las normas tendentes a prohibir la competencia desleal para proteger a los empresarios de los actos de mercado calificados de incorrectos de acuerdo al criterio del mismo empresario. Y, de otro lado, fijando condiciones mínimas para organizar las relaciones de producción³⁶.

En España se publica la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia en el año 1963, sustituida por la Ley de Defensa de la Competencia en 1989³⁷, posteriormente derogada por la Ley 15/2007, que reforma el sistema español en esta materia, teniendo en cuenta la normativa comunitaria para proteger la competencia efectiva en los mercados.

El marco jurídico comunitario de defensa de la competencia ha evolucionado ampliamente en los últimos años. Con el primer Reglamento, el No 17/1962 del Consejo en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Constitución de la Unión Europea, hoy artículos 101 y 102 del TFUE, se empezó a desarrollar una política comunitaria respecto al tema. En tiempos más recientes, la Unión Europea expidió los Reglamentos núms. 1/2003 y 139/2004, que versan sobre el control de las concentraciones entre empresas y sobre las conductas restrictivas de la competencia.

El derecho de la competencia surge entonces cuando el Estado interviene en el mercado para establecer un conjunto de reglas a las que se

³⁴ Ibídem. Pág. 32, ss.

³⁵ Ídem.

³⁶ Ibídem. Pág. 39.

³⁷ NEVADO FERNANDEZ, M.J. “*Las restricciones a la competencia...*” Ob. Cit. Pág. 26.

someten las actividades competitivas de los empresarios³⁸. Es así como a través del derecho mercantil se limitan las prácticas restrictivas de la competencia por intermedio de la ley de defensa de la competencia y se establecen unos parámetros de lealtad en la pugna por el mercado a través de la ley de competencia desleal³⁹.

El objeto de protección en la normativa sobre competencia desleal y defensa de la competencia es la competencia, aunque cada una de estas áreas garantiza el buen funcionamiento de diferentes aspectos de la misma.

No obstante, la competencia protegida no es la competencia perfecta defendida por la revolución francesa, sino la competencia eficaz o suficiente, entendida como un medio para alcanzar otros fines, tales como el funcionamiento eficaz del mercado y la tutela de todos los que participan en este, que justifican la existencia de restricciones a la competencia⁴⁰.

3. Instrumentos jurídicos para la protección de la actividad empresarial desde la perspectiva mercantil: la propiedad industrial, la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal.

Antes de entrar en materia y teniendo como referencia que la defensa de la actividad empresarial y de su patrimonio en el ámbito laboral es la primera, aunque no única, finalidad del art. 21 ET, procederé a aludir a los principales mecanismos jurídicos instituidos también en otras áreas del derecho, cuya finalidad principal es la protección de los intereses empresariales.

³⁸ CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J: “Prohibición de competencia...” Ob. Cit. Pág. 27.

³⁹ LOPEZ ANIORTE, M.C.: “La competencia del trabajador...” Ob. Cit. Pág. 26.

⁴⁰ CIDONCHA, A.: “La libertad de empresa” 1ª Ed. Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006. Pág. 377.

En el ámbito mercantil la protección a la actividad empresarial encuentra un bastión en la normativa sobre propiedad industrial⁴¹. Aunque estos derechos son una excepción a la libertad de empresa y al libre mercado, porque únicamente está permitida su explotación por el titular, hacen parte del derecho de la competencia, que se encarga de regular el mercado para que los agentes que intervienen en él compitan en un escenario donde prevalezca la lealtad⁴².

La Ley de Defensa de la competencia y la Ley de Competencia desleal son dos distintos mecanismos de tutela del mercado con fines específicos diferentes; pero ambas protegen indirectamente al empresario, ya que, por un lado, la primera limpia el mercado de prácticas restrictivas o abusivas y, por otro, la segunda ley protege a todos los participantes del mercado de las prácticas desleales, asegurando las dos, en su conjunto, un espacio adecuado para que el empresario desarrolle sus actividades sin perturbaciones externas que lo perjudiquen.

El sistema de protección a la actividad empresarial diseñado por el legislador para reprochar los actos realizados contra la actividad empresarial incluye los arts. 199, relativos a la violación del secreto con ocasión a la relación laboral, y 270 y siguientes del CP, que representan el amparo penal a la propiedad intelectual e industrial. Estos artículos pueden adscribirse como mecanismos de protección del empresario, debido a que tienen por sujeto pasivo de la conducta a la empresa o al empresario, recayendo sobre estos la titularidad del bien jurídico tutelado, fundamentado en el esfuerzo de estos por crear y desarrollar técnicas de producción⁴³.

⁴¹ GARCÍA-CHAMON CERVECERA, E, et al: "*Tratado práctico de propiedad industrial*" Ed. El Derecho. 2010. Pág. 21. Los derechos de propiedad industrial se clasifican en invenciones o creaciones industriales, los signos distintivos, y las formas estéticas aplicadas a la industria. La normativa sobre las creaciones industriales está compuesta por la Ley de patentes y el RD 2245/1986, modificado por el RD 245/2010, de 5 de marzo. Por su parte, los signos distintivos, representado por las marcas, está regulado en la Ley 17/2001 de 7 diciembre, RD 687/2002, de 7 de diciembre. Finalmente las formas estéticas aplicadas a la industria, categoría a la que se adscriben los diseños industriales, siendo estos regulados por ley 20/2003, de 7 de julio.

⁴² FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., et al: "*Manual de la propiedad industrial*" Ob. cit. Pág. 55.

⁴³ BACIGALUPO ZAPATER, E.: "La protección penal de los derechos industriales" Archivo en soporte informático. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, ISSN-e 1695-0194, Nº. 3, 2001. Consulta: 01/01/2013.

Bacigalupo considera que esta tipología de delitos tiene un nexo directo con la normativa contra la competencia desleal que procura el correcto funcionamiento en el mercado, y configura un derecho a la clientela como consecuencia de la competencia leal. Estos dos conceptos proporcionan una delimitación del bien jurídico protegido en los arts. 270 a 277 CP.

Los derechos industriales e intelectuales son un bien inmaterial que se caracterizan por ser *erga omnes*. Estos delitos sancionan las conductas desleales que atentan contra el derecho a la explotación y uso exclusivo de las creaciones industriales e intelectuales y de los signos distintivos, como las marcas⁴⁴.

El art. 273 CP contiene dos expresiones rectoras: la fabricación y/o utilización de una patente, complementada por otros verbos. El art. 274 versa sobre la utilización de una marca registrada, lo cual puede generar confusión. El art. 275 CP reprocha la utilización indebida de una denominación de origen o una indicación geográfica, representativa de una calidad determinada legalmente protegida que sirven para la distinción de los productos.

Realizada esta sucinta alusión a las herramientas jurídicas que el ordenamiento jurídico ha previsto para preservar la actividad empresarial, se procederá a desarrollar en mayor medida las restricciones mercantiles a la competencia de la LCD, ya que para un sector de la doctrina laboral⁴⁵ tiene relación con la prohibición laboral de concurrencia desleal. En este punto es

⁴⁴ Ídem

⁴⁵ DE VAL TENA, A.L.: "El incumplimiento del deber de no concurrencia como justa causa de despido disciplinario" Archivo en soporte informático. AS No 18, 2000, paraf. 69. Base de datos *westlaw*. BIB 2000\2004. Consulta: 01/01/2012. Plantea que no es posible que la ausencia de autorización es un requisito para que se configure la concurrencia desleal ya que protege los intereses de todos los que participan en el mercado, por lo cual si el empleador autoriza pero hay un perjuicio cualquiera estaría legitimado para actuar. Así mismo, ALCAZAR ORTIZ, S. DE VAL TENA, A.L.: "Los pactos de dedicación exclusiva..." Ob. Cit. Pág. 128 ss. comparten la teoría reseñada, sobre la incidencia del art. 21.1 ET en la protección de los intereses del mercado y de todos los que intervienen en él, como, los consumidores. También, NEVADO FERNANDEZ, M.J. "Las restricciones a la competencia..." Ob. Cit. Pág. 19. Expresa que el art. 21 ET protege a los consumidores.

necesario aclarar que no es objeto de estudio del presente trabajo la competencia desde la perspectiva del derecho mercantil.

4. El origen de la regulación sobre competencia desleal

La normativa contra la competencia desleal tuvo su origen en Francia, al amparo de la regulación sobre responsabilidad extracontractual basada en el art. 1382 CC. Igualmente, en Italia la responsabilidad extracontractual fue el punto de partida para esta normativa⁴⁶.

En España no llegó a consolidarse la regulación de la competencia desleal basada en la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC, siendo la Ley de propiedad industrial de 1902 la primera norma que reprochó las conductas desleales⁴⁷. El art. 131 de la citada Ley estipuló que la competencia ilícita es el aprovechamiento de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro y enumeró los hechos constitutivos de competencia ilícita⁴⁸.

Actualmente, el régimen de competencia desleal se encuentra contenido en la Ley 3/1991, modificada por la Ley 29/2009, de diciembre, que incorpora la directiva 2005/29 de la CE. De la comparación de los términos de la prohibición de competencia en el ámbito laboral y la LDC reseñada, se infiere que, en la prohibición de competencia desleal del trabajador, hay una intensificación en el reproche, ya que, para su valoración, se prescinde de algunos elementos que deben darse en la LCD, dado que no requiere que el acto se haya llevado a cabo en el mercado ni que afecte el mercado. Estos dos elementos, sumados a que la actividad tengan fines competenciales, son los requisitos que de acuerdo a los arts. 2 y 3 LCD deben darse para calificar la conducta como desleal. Por

⁴⁶ ZABALETA DÍAZ, M.: *“La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal”*, Madrid. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2002. Pág. 49.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ SAIZ GONZÁLEZ, J.P.: *“Legislación histórica sobre propiedad industrial. España (1759 - 1929)”* Ed. Oficina de patentes y marcas, Madrid, 1996. Pág. 175. Recopila el contenido de la LPI de 1902.

tanto, en la prohibición de competencia en el contrato de trabajo no se exige que haya un perjuicio directo o indirecto en el mercado para habilitar el juicio de reproche.

5. *Las restricciones mercantiles a la competencia de la LDC y su relación con la prohibición de competencia en el contrato de trabajo*

La prohibición de competencia en la relación laboral es un tema que limita con diferentes áreas del derecho. Desde la propia base de la prohibición, hay puntos de coincidencia con el derecho civil, que fundamenta en buena parte la interacción del principio de autonomía de la voluntad en la configuración del pacto de no competencia postcontractual. En esa misma área del derecho, se prevén las indemnizaciones pecuniarias acaecidas por conductas desleales. Por el otro extremo, conecta con la normativa mercantil que establece prohibiciones de competencia a los sujetos que tengan relaciones societarias o laborales con la empresa. Desde una perspectiva aún más amplia, enlaza con el derecho penal, teniendo en cuenta si la entidad de la infracción reviste el carácter de delito en circunstancias tales como la divulgación del secreto empresarial.

Aunque la prohibición de competencia en el contrato de trabajo conecta con el origen de las normas mercantiles que en principio recaían sobre el naviero, el factor y los asistentes del comerciante, no puede confundirse el supuesto laboral con las limitaciones mercantiles del derecho a competir libremente contempladas en virtud de la normativa de defensa de la competencia, en la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal, aunque un sector de la doctrina afirme que presentan algunas conexiones con la obligación laboral de no competencia⁴⁹.

⁴⁹ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “La prohibición de competencia desleal...” Ob. Cit. Pág. 59.

En mi opinión, la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal, que conforman la estructura de protección de la competencia en el ámbito mercantil, tienen una finalidad y fundamento totalmente diferente de las prohibiciones laborales de la competencia, ya que la competencia es entendida y tratada por la normativa mercantil y laboral en dos diferentes acepciones: la protección de la competencia desde el ámbito mercantil busca garantizar el buen funcionamiento del mercado y preservar la correcta interacción entre todos los operadores económicos⁵⁰, mientras que la prohibición laboral de competencia pretende inhibir las actividades competitivas de los trabajadores que puedan lesionar los intereses empresariales. En suma, las normativas mercantil y laboral reseñadas protegen, desde perspectivas diferentes y con mecanismos distintos, un mismo derecho, la libertad de empresa; pero en dos dimensiones diversas.

Para conocer la orientación que desde la normativa mercantil se le da a la competencia, es necesario remitirse, en primer término, a la libertad de empresa, reconocida a nivel europeo como un derecho constitucional comunitario, que constituye una defensa de la unidad de mercado prevista en el art. 130.2º CE, y que se amplifica a través de las libertades de circulación de mercados, personas, servicios y capitales consagradas en el tratado de la CEE de 1957⁵¹.

El principio de libre competencia es interpretado por el Tribunal Constitucional Español “como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se ven amenazados por el juego incontrolado de las tendencias naturales de este”⁵². La libre competencia es entonces un parámetro rector del ordenamiento jurídico-económico español y europeo.

⁵⁰ CIDONCHA, A.: “*La libertad de empresa*” Ob. Cit. Pág. 374.

⁵¹ GOERLICH PESET, J.M., GUAMAN HERNANDEZ, A., et al.: “*Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*” 1ª Ed. CESS. Madrid. 2011. Pág. 9 ss.

⁵² TARDÍO PATO, J.A.: “*Los principios generales del derecho*” Ob. Cit. Pág. 304.

La normativa comunitaria que consagra la libertad de empresa contenida en el TCE, la TUE y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea reconoce el carácter de derecho subjetivo y, también, el carácter de derecho institucional y objetivo de la libertad de empresa. En consecuencia, en primer término, este derecho lo ejercen las personas de cara al poder público; y, en segunda medida, habilita que los poderes públicos intervengan para otros derechos e intereses protegidos⁵³. La faceta de la libertad de empresa como derecho institucional y objetivo permite que los Estados miembros adopten medidas restrictivas prohibidas si están justificadas en razones de orden público y moralidad, de acuerdo a lo consagrado en el art. 36 TFUE⁵⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, el derecho a la competencia se ramifica en dos vertientes: la defensa de la competencia y la competencia desleal. La Ley 15/2007 es la herramienta jurídica para la defensa de la competencia (LDC), así como la Ley 3/1991 lo es para la Competencia Desleal (LCD). Cabe aclarar que la jurisdicción mercantil conoce de los litigios que se suscitan contra el ex-trabajador, ya que, como su ámbito incluye a todos los particulares, también puede conocer de conductas desleales realizadas por trabajadores.

6. La Ley 15/2007 de Defensa de la competencia

La normativa para la defensa de la competencia a nivel comunitario, que propugna la defensa de un mercado comunitario que garantice la competencia suficiente, prohíbe las conductas colusorias y el abuso de posición dominante, (arts. 101 y 102 del TFUE). Las conductas colusorias, vedadas también en el art. 1 LDC, son aquellas que alteran el libre sistema de competencia por la concertación entre los operadores del mercado, que conlleva a obstaculizar la incursión de nuevos competidores en el mercado⁵⁵.

⁵³ GOERLICH PESET, J.M., GUAMAN HERNANDEZ, A., et al.: *"Libertades económicas, mercado de trabajo..."* Ob. Cit. Pág. 20.

⁵⁴ *Ibidem*. Pág. 21.

⁵⁵ GOERLICH PESET, J.M., GUAMAN HERNANDEZ, A., et al.: *"Libertades económicas, mercado de trabajo"* Ob. Cit. pág.189.

La normativa antitrust también prohíbe las prácticas abusivas de los operadores económicos que detentan una posición de dominio en el mercado tendentes a obstaculizar la competencia efectiva.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia núm. 208/1999, de 11 de noviembre (RTC 1999/208), afirma que “la defensa de la competencia aparece como una necesaria defensa y no como una restricción de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de ésta, que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas”

Aunque los pactos de no competencia constituían acuerdos prohibidos históricamente en los sistemas donde imperaba la libertad de competencia y de mercado, por representar límites a la libertades económicas asociadas, estos fueron progresivamente aceptados en la mayoría de legislaciones⁵⁶.

En concreto, la LDC está dirigida a impedir prácticas restrictivas de la competencia y abusos de las empresas que detentan una posición dominante en el mercado⁵⁷. De esta manera, garantiza la estructura de mercado frente a actos concurrenciales que afectan el interés general, excluyendo de su aplicación a aquellas conductas que por su nimiedad no incidan de manera relevante en la competencia⁵⁸.

⁵⁶ NOGUEIRA GUASTAVINO M. *“El pacto laboral de no competencia postcontractual”* 1ª Ed, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1998. Pág. 24. Cita como ejemplo, la legislación antitrust norteamericana, reseñando el desafío que representa armonizar los pactos de no competencia y la legislación antitrust.

⁵⁷ SANCHEZ-CALERO, F., SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J: *“Instituciones del derecho mercantil”* vol. I. 34 Ed. Ed. Thomsom Aranzadi. Navarra. 2011. Pág. 186 ss.

⁵⁸ PEREZ MOSTEIRO, A.C.: *“La reforma de la ley de competencia desleal”*. Ed. Difusión jurídica y temas de actualidad. Madrid. 2011. Pág. 69 ss.

7. La Ley 3/1991 de Competencia Desleal

7.1 Su dimensión laboral

Para empezar, es oportuno traer a colación lo expuesto por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en la sentencia de 11 julio 2006 (RJ 2006\4977), que afirma que: “La libertad de empresa consiste en la posibilidad de acceder y permanecer en el mercado y de desarrollar actividades productivas, siempre que se respeten las condiciones establecidas por las Leyes; en consecuencia, la Ley puede restringir la libertad de empresa cuando colisiona con derechos fundamentales. De ello se deriva, para el legislador ordinario, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado”.

Así mismo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 365/2008, de 19 mayo (RJ 2008\3089), explica que la “Ley de competencia desleal trata de proteger el correcto funcionamiento del mercado, en el que la Ley de la oferta y la demanda cumple una función trascendente. El mercado a que se refiere el artículo 2 de la Ley 3/1991 no es sólo el relevante, sino cualquiera en el que confluyan las leyes de la oferta y la demanda, ya que se trata de eliminar el riesgo de perturbación del correcto funcionamiento del sistema concurrencial”

En este propósito, el ordenamiento jurídico concibe a la competencia desleal como una conducta antijurídica, vinculada a la infracción del deber de buena fe, según lo expresado en el art. 4 LCD (antiguo 5 LCD).

El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en la sentencia de 11 julio 2006 (RJ 2006/4977), explica que “el artículo 5 LCD sanciona la infracción de los deberes generales de conducta de quien concurre en el mercado, del mismo modo que realizan los artículos 6 y 7 CC, el artículo 57 C.C.o y el artículo 1201 de los Principios del Derecho europeo de contratos y así se ha considerado que este artículo significa un límite a la libertad de empresa

establecido en el artículo 38 CE, de manera que «los operadores económicos que actúan en el mercado deben abstenerse de poner en peligro la libertad de empresa».

De acuerdo a la tipificación descrita en la legislación mercantil, los actos desleales pueden clasificarse, con base en el criterio del interés protegido, en actos desleales frente a los competidores, frente a los consumidores o frente al mercado⁵⁹.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en la Sentencia núm. 827/2011 de 22 noviembre (RJ 2012/1636), expresa que, para calificar como desleal una conducta a la luz de la LCD, deben darse dos condiciones: “la trascendencia externa y la finalidad concurrencial”. La trascendencia externa se refiere a que los actos que lleguen a situarse en el ámbito del mercado, que es el espacio gobernado por las leyes de la oferta y la demanda⁶⁰. La finalidad concurrencial, por su parte, exige la idoneidad para fomentar la promoción y divulgación de bienes y servicios propios o de un tercero⁶¹.

Excluye de sanción, por tanto, a las manifestaciones que no tengan trascendencia externa; es decir, a aquellos actos que no lleguen a situarse en el mercado. De esta forma, los actos que acontecen al interior de la empresa, que no se proyecten hacia el exterior, no son reprochables a la luz de lo dispuesto en la exposición de motivos del texto normativo. En este ítem hay una diferencia con la prohibición laboral de competencia desleal, ya que ésta no requiere que se lleven a cabo en el mercado, incluyendo en el juicio de reproche a los actos preparativos.

⁵⁹ GOERLICH PESET, J.M., GUAMAN HERNANDEZ, A., et al.: “*Libertades económicas, mercado de trabajo...*” Ob. Cit. Pág. 476.

⁶⁰ STS de 19 de Mayo de 2008 (RJ 2008/3089), STS de 10 de Febrero de 2008 (RJ 2009, 1480) entre otras.

⁶¹ STS (Sala Civil) núm. 1167/2008 de 15 diciembre 2008 (RJ 2009/153)

La estructura de la referida Ley de carácter mercantil está conformada por una clausula general prohibitiva, estipulada en el art. 4 LCD; y también por la enumeración taxativa de unas conductas compuestas por engaño y confusión de los consumidores (art. 5 y 6 LCD), omisiones engañosas y practicas agresivas (art. 6 y 7 LCD, respectivamente), actos de denigración de un competidor (art. 9 LCD), practicas agresivas, como obsequios, primas que impongan al consumidor la compra del producto principal o le induzca a error (8 LCD), actos de comparación e imitación (arts. 10-12 LCD), violación de secretos industriales (art. 13 LCD), inducción a la infracción contractual (art. 14 LCD), violación de normas (art. 15 LCD), discriminación y dependencia económica (art. 16 LCD) o, en fin, venta a pérdida que induzca a error a los consumidores (art. 17 LCD)⁶².

Se procura a través de estos preceptos normativos preservar la lealtad de los actos, intentando que la concurrencia entre empresarios no sea realizada por prácticas desleales⁶³, en beneficio de todos los que participan en el mercado. Por esto, los sujetos pasivo y activo de la conducta no tienen que ser empresarios, ni es requisito que les obliga una relación de competencia⁶⁴. Por ende, el ámbito subjetivo de aplicación vincula a todos los sujetos, sean personas físicas o jurídicas, que participen en el mercado (art. 3 LCD). No obstante, solo algunas de estas conductas son predicables de realizarse en virtud de una relación laboral, como la infracción al secreto profesional (art. 13 LCD) y la inducción a la infracción contractual (art 14), sin perjuicio de alguna otra conducta que pueda adscribirse a la cláusula general prohibitiva del art. 4 LDC, como la desviación de clientela.

La sentencia núm. 377/2011, de 16 septiembre, de la Audiencia Provincial de Sevilla (AC 2011/217), manifiesta que Ley de Competencia Desleal es un instrumento jurídico que procura evitar comportamientos en el

⁶² SIERRA NOGUERO, E.: *"Curso de Derecho Mercantil"* 4ta Ed, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2009. Pág. 73, ss.

⁶³ SANCHEZ-CALERO, F., SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *"Instituciones del derecho mercantil"* Ob. Cit. Pág. 187.

⁶⁴ SIERRA NOGUERO, E.: *"Curso de Derecho Mercantil"* Ob. Cit. Pág. 73.

mercado con fines concurrenciales contrarios a la buena fe, fijando límites jurídicos al libre ejercicio del derecho a desarrollar una determinada actividad económica en el mercado en concurrencia con otros. De este modo, la citada ley tutela el correcto funcionamiento del mercado en la relación entre particulares, reprimiendo las conductas desleales que pueda realizar cualquier sujeto que participe en el mercado y protegiendo así los intereses de todos los participantes en el mercado, incluyendo a los competidores y consumidores⁶⁵.

Cabe destacar que la LCD no exige que medie una relación de competencia directa o indirecta entre el infractor y el perjudicado, dado que la finalidad es proteger el adecuado funcionamiento del mercado⁶⁶.

A diferencia de la prohibición de competencia desleal del trabajador, la LCD insta una protección institucional, no individual, que comprende la defensa de los intereses de la comunidad, de los operadores económicos y del interés público⁶⁷. En este orden de ideas, existe una marcada diferencia en la finalidad de las mencionadas leyes y la prohibición de la competencia en el contrato de trabajo, dado que el fundamento de la prohibición de competencia no es proteger el mercado: y, por ende, no repara en la incidencia de la conducta en el sistema de economía de mercados, sino que persigue salvaguardar los intereses patrimoniales del empresario en una esfera de menor entidad que el mercado, como lo es la empresa.

En ese sentido el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), en sentencia núm. 963/2000, de 18 octubre (RJ 2000\8809), aclara que la actividad concurrencial prohibida en el art. 21.2 ET a través del pacto de no competencia postcontractual es diferente a la competencia desleal prevista en la LCD, que se dirige a sancionar la actividad practicada por medios ilícitos, ya que en la prohibición de la concurrencia por convenio del art. 21.2 ET la ilicitud radica en la mera y sola concurrencia; es decir, realizar lícitamente el mismo tipo de

⁶⁵ PEREZ MOSTEIRO, A.C.: *“La reforma de la ley de competencia desleal”*. Ob. Cit. Pág. 69.

⁶⁶ *Ibíd.* Pág. 79.

⁶⁷ *Ídem*

actividad. En cambio, la competencia lícita se transforma en desleal si se usan medios que la convierten en ilícita. En la misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia de 11 julio 2006 (RJ 2006\4977), ya que señala que la LCD no prohíbe ni sanciona el ejercicio de la profesión de forma concurrente en el mercado, sino aquellos actos constitutivos de competencia desleal; en otras palabras, prohíbe el ejercicio concurrente de una actividad realizada por medios desleales, así que no impide competir; lo que prohíbe y sanciona es la forma desleal de competición⁶⁸.

Al respecto, Nevado Fernández considera que la competencia del trabajador desleal no se ajusta a ninguno de los supuestos previstos en la ley de la ley de defensa de la competencia o de la ley de competencia desleal, ya que no se está frente a un caso de abuso de la posición dominante o prohibiciones de competencia desleal de la ley dado que no se restringe, impide o falsea la competencia⁶⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, algunos autores consideran que la prohibición de competencia desleal es una manifestación de la ley de competencia desleal. En ese sentido se expresa Sirvent Hernandez, quien considera que el art. 21 ET debe entenderse como *“la traducción laboral de lo que en la normativa mercantil constituye el llamado derecho de la competencia”*. Desde su perspectiva, se busca salvaguardar intereses muy heterogéneos que peligran por las alteraciones provenientes de cualquier sujeto capaz de intervenir en el mercado: ya sea otro empresario, o los mismos trabajadores⁷⁰.

⁶⁸ El caso en estudio consiste en la infracción cometida en virtud de un contrato de agencia suscrito por quienes paralelamente crean y se vinculan a una empresa con actividad concurrente con la del empresario que les contrato, y realizan denigración por carta dirigida a los clientes de la empresa principal, se sanciona por ende, como infracción por competencia desleal a la luz del art. 9 LCD.

⁶⁹ NEVADO FERNANDEZ, M.J.: *“Las restricciones a la competencia...”* Pág. 28.

⁷⁰ SIRVENT HERNANDEZ, N.: *“El pacto de permanencia en la empresa”* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Pág. 115, ss.

En similar sentido, Nogueira Guastavino defiende que los pactos de no competencia postcontractual son una restricción a la libre competencia legitimada por la normativa de defensa de la competencia, pero condicionado a que sean limitados e imprescindibles para la estabilidad de la empresa, dada su escasa repercusión en el funcionamiento del mercado⁷¹.

En contraposición, otros autores consideran que la prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo tiene un importante nexo con la legislación mercantil, puesto que califican la conducta desleal en el ámbito laboral desde el prisma de la legislación mercantil sobre competencia desleal establecida en la LCD, entendiendo que hay puntos de encuentro entre estas, ya que se da tal conducta desleal cuando el trabajador aproveche o divulgue secretos empresariales que lesionen los intereses del empresario⁷².

Para este sector doctrinal, el vínculo entre la regulación mercantil y la laboral en esta materia se ratifica en que, para incurrir en la conducta desleal, es irrelevante la autorización expresa o tácita del empresario, dado que la prohibición no solo protege exclusivamente los intereses del empresario, sino también a todos los que participan en el mercado, incluyendo a los consumidores, que están legitimados a emprender las acciones legales pertinentes en caso de que la competencia desleal del trabajador les cause un perjuicio⁷³. Es menester anotar que un amplio sector doctrinal valora la autorización del empresario como un requisito para la configuración de la conducta desleal⁷⁴.

⁷¹ NOGUEIRA GUASTAVINO M.: *"El pacto laboral de no competencia..."* Ob. Cit. Pág. 44.

⁷² ALCAZAR ORTIZ, S., DE VAL TENA, A.L.: "Los pactos de dedicación exclusiva..." Ob. Cit. Pág. 136. En el mismo sentido, DE VAL TENA, A.L.: "El incumplimiento del deber de no concurrencia como justa causa de despido disciplinario". Ob. Cit.

⁷³ ALCAZAR ORTIZ, S., DE VAL TENA, A.L.: "Los pactos de dedicación exclusiva..." Ob. Cit. Pág. 136.

⁷⁴ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *"La prohibición de competencia desleal..."* págs. 277-285; DE VAL TENA, A.L.: "El incumplimiento del deber de no concurrencia como justa causa de despido disciplinario". Ob. cit.

Vale la pena aclarar que la LCD es aplicable a todas las personas que participen en el mercado, incluyendo a los trabajadores que con su actuación infrinjan dicha ley, aunque, del estudio de las conductas tipificadas en la LCD, se concluye que la única conducta que pudiera infringir el sujeto, en su calidad de trabajador, es la revelación de secretos, sin perjuicio de otras conductas que puedan ser encuadrables en la cláusula general prohibitiva.

La conducta desleal durante la pervivencia de la relación laboral puede adscribirse a la cláusula general del art. 4 LCD (antiguo art. 5), tal y como lo señala la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 408/2009 de 16 junio (RJ 2009\3400). Esta resolución judicial establece que existe deslealtad cuando el trabajador constituye y participa en otra empresa, y comunica a los proveedores la actividad que realiza en solitario, puesto que esta conducta “contravienen los usos y costumbres admitidos como correctos por todos los participantes en el mercado”. Advierte así mismo que, en el caso de otros demandados que comenzaron a desarrollar la actividad laboral en otra empresa, pero ya habían finalizado la relación laboral, dicha conducta no puede adscribirse a la infracción del art. 4 LCD, dado que la ausencia de pacto de no concurrencia excluye la aplicación de esa norma, pues los antiguos trabajadores simplemente han ejercido su legítima libertad de trabajar.

El ámbito subjetivo de la LCD también es aplicable a los antiguos trabajadores que realizan conductas desleales⁷⁵ y que no están vinculados por el pacto de no competencia postcontractual, ya que dicho supuesto supera los límites del Derecho del Trabajo y se sitúa en el campo del Derecho Mercantil⁷⁶.

Al hilo de lo expuesto, la razón de ser de la prohibición en la relación laboral responde a otras inquietudes del legislador no relacionadas con la LCD y la LDC, relativas a reprimir la infracción de un deber inmanente al contrato

⁷⁵ STS (Sala de lo Civil) núm. 1032/2007 de 8 octubre 2007 (RJ 2007, 6805) sanciona el comportamiento desleal de los ex trabajadores a la luz de los arts. 5 y 11 LCD, imponiendo entre otras sanciones, el pago de daños y perjuicios, pero no considera que se haya dado la violación de secretos de los antiguos empleados al acceder a la lista de clientes por no calificarse dicha información como secreta.

⁷⁶ LUJAN ALCARAZ, J: “La competencia del trabajador con su empresa...” Ob. Cit. 11-27.

de trabajo en virtud de la buena fe contractual, ya que el ordenamiento jurídico no respalda ni cobija los actos de competencia que se generan aprovechándose de la relación de confianza acaecida por la relación laboral.

Algunas conductas prohibidas encajan en los supuestos previstos como infracción por diferentes ordenamientos; así, la competencia desleal del trabajador puede sancionarse con despido en la jurisdicción laboral. Por otro lado, la jurisdicción mercantil podrá sancionar el acto desleal con la declaración de existencia de deslealtad al amparo de la tipificación prevista en la LCD; y la cesación del acto desleal, rectificación, resarcimiento de daños y perjuicios, y enriquecimiento injusto, de acuerdo a las acciones previstas en el art. 32 LCD.

El Tribunal Supremo explica que no se da una concurrencia eficiente por méritos, cuando el trabajador realiza contactos previos para apropiarse de los contratos de la empresa, ocasionando la terminación de numerosos contratos con la entrada en funcionamiento de la nueva empresa constituida por el antiguo trabajador, realizando actuaciones irregulares en contravía de la buena fe objetivo, perturbando el correcto funcionamiento del mercado⁷⁷.

Ahora bien, el art. 14 LCD fija tres modalidades de conducta consistentes en la inducción a la infracción de los deberes contractuales, la inducción a la terminación regular del contrato y el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de la infracción contractual ajena.

La inducción a la infracción de deberes contractuales básicos, prevista en el art. 14.1 LCD, sólo puede imputarse a quien se le atribuye la condición de inductor y no a los inducidos⁷⁸; es decir, en principio, el trabajador que abandona su relación laboral no es sujeto activo de la conducta, ni comete dicha infracción.

⁷⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1032/2007 de 8 octubre RJ 2007\6805.

⁷⁸ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 668/2012 de 14 noviembre JUR 2012\392509.

El art. 14.2 LCD comprende la inducción a la terminación de un contrato cuya finalidad sea la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada por la intención de eliminar a un competidor del mercado, el engaño, u otras análogas⁷⁹. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Marzo de 2007 (RJ 2007, 3603) afirma que "todo agente que participa en el mercado debe afrontar el riesgo de la pérdida de trabajadores por ofertas más atractivas...aunque la intención de crear severas dificultades a un competidor, poniéndole al borde de la extinción, situación de crisis económica o grave disminución de su operatividad podría integrar una circunstancia analógica de la examinada con base en el último inciso del art. 14.2 LCD."

Por otro lado, la sentencia núm. 203/2009, de 21 julio AC 2009\1899, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), explica que "no puede reputarse desleal la simple concurrencia en el mercado, cuando se trata de anteriores empleados que deciden iniciar una actividad propia, y, en cuanto a la captación irregular de los trabajadores, ni se ha probado cuantitativamente importante, ni se ha acreditado actividad insidiosa para obtener empleados, ni tampoco indebida apropiación de secretos, productos, o clientela conocidos por razón de su actividad".

Por su parte, el Tribunal Supremo, en asentada jurisprudencia, ha manifestado que la competencia no es leal cuando, sin más, contraviene la buena fe del mercado concurrente, o se actúa vulnerando los elementales principios de respeto a lo ajeno, o se obtengan logros no por el esfuerzo propio, sino por la apropiación de los así conseguidos por los demás⁸⁰.

De acuerdo a lo expresado por este Alto Tribunal en sentencia núm. 1032/2007 de 8 de Octubre (RJ 2007, 6805), la normativa relativa a la competencia desleal busca establecer "un límite jurídico al ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica en el mercado, esto es, un derecho de

⁷⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 559/2007 de 23 mayo RJ 2007\3603.

⁸⁰ STS de 14 de Julio de 2003 (RJ 4734/2003), STS del 3 de Febrero (RJ 1835/2005)

acceso al ámbito de desarrollo de la iniciativa económica privada sobre producción e intercambio de bienes y/o servicios, al ámbito de desarrollo de actividad productiva por cuenta ajena o propia, derecho que no puede ejercitarse a través de determinados comportamientos que supriman, restrinjan o falseen la estructura competitiva del mercado o las libres formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado".

Es menester destacar que el ordenamiento legal consagra el derecho al trabajo. En concordancia con dicho derecho, no existe un mandato legal que prohíba o impida que los trabajadores se empleen en empresas competidoras de su anterior empresario cuando haya finalizado la relación laboral, a menos que medie un pacto de no competencia post contractual.

En relación con lo anterior, expresa la STS 7323/1999, de 11 octubre de 1999, que la movilidad laboral es una parte importante del derecho del trabajo que legitima el cambio de empresario del trabajador sin que pueda calificarse a priori como competencia desleal. Reseña así mismo que, en el análisis jurídico para catalogar dicho supuesto como competencia desleal, debe darse por sentado que es normal que un trabajador abandone una empresa para ejercer su profesión en otra que es competidora de la anterior, sin que constituya por sí mismo un acto de competencia desleal, a menos de que exista competencia ilícita por violarse una pacto de no competencia posterior a la extinción de la relación laboral anterior.

Por otra parte, la Sentencia núm. 401/2009, de 25 noviembre de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (AC 2010/41), señala que el supuesto de competencia desleal por la captación de los trabajadores de la empresa por una empresa competidora, se presenta principalmente en dos diferentes manifestaciones: de un lado, la referida a contratos personales de trabajo o de arrendamientos de servicios; y, de otro, la relativa a contratos empresariales de obra, prestación de servicios o suministros. En cualquiera de estos dos supuestos, es obligado tener presente, como señala la referida sentencia, que el modelo económico jurídico imperante basado en la libertad de mercado implica que los trabajadores, clientes y proveedores puedan demandar o ser

atraídos por ofertas contractuales más favorables, sin que el empresario pueda obligarlos a mantener el vínculo contractual. Este postulado legitima la licitud de la captación de trabajadores o clientes por parte del empresario que no recurre a medios incorrectos que minan o corrompen la licitud de su conducta. Por ende, no constituye una conducta desleal en sí misma la incitación a la desvinculación laboral del trabajador de la empresa que lo empleo o el aprovechamiento de un incumplimiento contractual por quien no ha participado en su comisión, a menos que también incurra en otras conductas que atenten contra la buena fe objetiva, como el engaño, la explotación de un secreto industrial o la intención de eliminar a un competidor a través de la sustracción de la totalidad de los empleados de un departamento o de una numerosa parte de la plantilla⁸¹.

Esta regla general, establecida por vía jurisprudencial, que no cataloga como competencia desleal la captación y trasvase de trabajadores a una empresa ya creada o que se va a fundar, también es respaldada por la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 2011 (RJ 2011/2349), que ratifica la licitud de la movilidad laboral interempresarial, subrayando que el empresario no puede impedir que sus trabajadores finalicen la relación laboral y desarrollen una actividad similar para la cual se han formado profesionalmente y cuentan con capacidad de realizar, ya sea a través de la creación de una sociedad que desempeñe una actividad semejante, o que presten sus servicios para una nueva empresa.

De este modo, no constituye competencia desleal la conducta del trabajador que cambia de empresa para desempeñar idéntica actividad laboral utilizando su experiencia y conocimientos⁸². Incluso, no es una conducta desleal amparable en el art. 5 de la LCD “abandonar el empleo, constituir una empresa, captar clientes y ofrecer precios más económicos que su antiguo empleador, ya que, en principio, la clientela no pertenece a la información catalogada como secretos empresariales

⁸¹ Auto de Audiencia Provincial de Madrid de 1 de julio de 1996 (AC 1996, 1942)

⁸² STS 1324/2012, de 21 de Febrero de 2012.

En idéntico sentido a las anteriores sentencias, se expresa la sentencia núm. 827/2011, del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 22 de noviembre de 2011 (RJ 1636/2012), que afirma que "el trasvase de trabajadores de una empresa a otra de la misma actividad negocial no supone ningún ilícito competencial, como tampoco cuando hay aprovechamiento de la experiencia y formación profesional adquirida, e incluso de información sobre el desarrollo del negocio cuando ésta no es secreta o reservada".

Sin perjuicio de lo anterior, debe resaltarse que sí admite juicio de reproche por ser considerada competencia desleal por los órganos judiciales la conducta del trabajador que cambia de empresa e intenta beneficiarse de recursos con "valor competitivo" que conoció o adquirió por su trabajo y que no hacen parte de sus conocimientos profesionales o cuando, a pesar de su nueva relación laboral, se aprovecha de la lista de clientes de la empresa anterior, apelando al vínculo anterior que el trabajador estableció con esa clientela cuando laboraba para la empresa predecesora⁸³.

Estos actos relativos al trasvase de trabajadores y utilización de la información técnica de la empresa anterior no admiten ser adscritos a la cláusula general prohibitiva del art. 4 LCD, ya que se encuentran tipificados específicamente en los arts. 11 y 14 de la LCD⁸⁴. En palabras del Tribunal Supremo, "las empresas aprovechan las informaciones y experiencias de otras, lo que facilita el desarrollo y el progreso social y económico, y con ello no se resiente el buen orden de dicho mercado, a cuya protección responde la Ley de Competencia Desleal. No basta que exista una práctica molesta para que se pueda aplicar la cláusula general de comportamiento contrario a la buena fe objetiva del art. 5º LCD"⁸⁵.

⁸³ STS 29 octubre 1999 (RJ 1999, 8164)

⁸⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 256/2010 de 1 junio RJ 2010\2662

⁸⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 827/2011 de 22 noviembre RJ 2012\1636

Debido a que la LCD presenta en su contenido normativo algunas infracciones que puedan tener especial importancia para el empleador debido a que pueden originarse por la conducta del trabajador, haré una breve alusión a estas, aunque aclarando que el análisis se realiza exclusivamente desde la óptica de la normativa mercantil, sin entrar en disertaciones asociadas a la prohibición de competencia en el contrato de trabajo.

7.2 Que información puede calificarse como secreto empresarial a la luz de la normativa de la LCD?

Uno de los aspectos más polémicos en la calificación de un acto como competencia desleal, tomando como referencia la LCD, es sin duda el concerniente a la revelación de los secretos empresariales por parte del trabajador. La difusión de la información técnica y comercial de la antigua empresa por parte de los trabajadores conlleva la infracción por divulgación del secreto a que se refiere la normativa en el art. 13 LCD⁸⁶. No obstante, no toda información manejada en el interior de la empresa puede incardinarse en la denominación de secreto profesional.

Es oportuno señalar que la información sensible de la empresa no puede calificarse como tal simplemente por la mera existencia previa de una relación laboral. A juicio de lo manifestado en la sentencia núm. 203/2009, de 21 julio, (AC 2009\1899) de la audiencia Provincial de Valencia, la información sensible “ha de tener un contenido que la haga digna de protección, o un interés en tenerla secreta, y ha de probarse que la otra parte la ha utilizado en perjuicio de la otra parte”.

Es menester subrayar que no están protegidos como secretos empresariales aquellos conocimientos, capacidades y habilidades personales del trabajador que requiere emplear en el ejercicio de su derecho al trabajo. En cambio, sí se encuadran en la categoría de secretos empresariales los conocimientos que objetivamente pertenecen a la empresa.

⁸⁶ STS (Sala de lo Civil) núm. 963/2000 de 18 octubre RJ 2000\8809

En cuanto a la experiencia profesional del trabajador, la STS (Sala civil) núm. 48/2012, del 21 de Febrero (RJ 2012/4630), aclara que no puede catalogarse como secreto empresarial y, por tanto, no puede exigírsele al trabajador, que cambia de empleo para laborar en una empresa de la competencia que desempeña idéntica actividad a la de su antigua empresa empleadora, que se abstenga de utilizar todo lo aprendido en su anterior trabajo. Argumenta la sentencia que permitir eso supondría la extinción del concepto de experiencia profesional, que es “un factor relevante de todo currículum orientado a obtener un puesto de trabajo”.

Este criterio lo complementa la sentencia núm. 47/2012 de 9 febrero, (JUR 2012\152322) de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), que hace constar que “no debe confundirse el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, por la utilización de información confidencial y valiosa de la empresa tales como secretos empresariales, con el uso de aquellas informaciones que formen parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesional de carácter general de una persona, adquiridas a lo largo de su vida laboral”. Estos elementos, que componen la formación profesional, son de libre e indispensable uso del trabajador, lo cual representa un lógico beneficio para el nuevo empleador. Así, la divulgación de secretos profesionales cuya infracción se castiga en el 13 LCD sólo recae sobre la información protegida como secreto empresarial, cuya titularidad corresponde al empresario y que logra conocer el trabajador en virtud de la relación laboral.

7.3 La captación de clientela por un trabajador como infracción a la LCD

En una economía de mercado, la pugna de los operadores económicos por la captación de clientela es lícita y legítima. Desde esta óptica se expresa la sentencia núm. 1032/2007, del Tribunal Supremo (Sala civil), de 8 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6805), en un juicio sobre la infracción a la LCD por inducción a la infracción contractual, avalando la lucha por la captación de la clientela justificada principalmente por razones de eficiencia económica. En tal

sentido la sentencia núm. 383/2009 del Tribunal Supremo (Sala Civil), de 8 de Junio de 2009 (RJ 2009, 4573), señala que, si bien es cierto que la clientela tiene un significativo e intangible valor económico, no existe un derecho a favor del empresario que impida que otros agentes del mercado disputen su clientela y dirijan su esfuerzo en despojar al competidor de esta. De esta manera, no puede estimarse como ilícita la captación de clientela realizada cuando el trabajador ha finalizado la relación contractual con su empresario.

Al igual que la anterior, la sentencia núm. 394/2012 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de diciembre de 2012, arroja importantes reflexiones sobre la inexistencia del concepto patrimonial de la clientela. Ratifica al respecto que el empresario no ostenta ningún derecho de exclusiva ni de propiedad sobre la misma que obligue a mantenerla al margen de la competencia del mercado. Por tanto, el cliente puede optar por los bienes y servicios que le suministra el mercado, sin que ofrecer los servicios a estos y realizar su captación deriven en la calificación de esas conductas como desleales, excepto si se vale de los medios de un tercero.

Sin perjuicio de lo anterior y de acuerdo a la LCD, la captación y desvío de clientela es una conducta desleal cuando se da durante la pervivencia del vínculo laboral y societario, aprovechándose del acceso a la clientela que la relación laboral o societaria le ha permitido conocer⁸⁷, y se utilizan los medios o recursos de la empresa⁸⁸ o la información técnica de la antigua empresa en beneficio de la nueva empresa⁸⁹, ocasionando confusión a los clientes o induciéndolos a error⁹⁰.

En concordancia con lo expuesto, se imputa desleal la captación de clientela si los trabajadores desvían la clientela desde el interior de la empresa

⁸⁷ Audiencia Provincial de Valladolid sentencia núm. 403/2011 de 22 noviembre, AC 2011\1621

⁸⁸ Audiencia Provincial de Barcelona Sentencia núm. 47/2012 de 9 febrero, JUR 2012\152322

⁸⁹ STS de 14 de Julio de 2003, (RJ 2003, 4634)

⁹⁰ STS de 29 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8164), Sentencia núm. 437/2010 de 3 diciembre AC 2011\191 Audiencia Provincial de Islas Baleares.

hacia otra empresa, siendo necesario el uso de medios ilícitos, por lo cual los actos de captación de clientela solo serán desleales por expolio o aprovechamiento del esfuerzo ajeno al amparo de la cláusula general del art 5 de la LCD, o incurriendo en otras infracciones tipificadas por la LCD⁹¹.

Hechas las consideraciones anteriores sobre la competencia desde la perspectiva mercantil, es oportuno no demorar más la entrada en materia sobre las prohibiciones de competencia en la relación laboral, eje temático del presente trabajo. Iniciare las reflexiones refiriéndome a los objetivos perseguidos por las prohibiciones de competencia del trabajador.

8. Las prohibiciones de competencia del trabajador

8.1 Objetivos perseguidos

Aunque el derecho del trabajo es identificado históricamente como un ordenamiento con una clara función tuitiva del trabajador, no es esa la única función que realiza; también protege los intereses patrimoniales del empleador a través de la salvaguardia de su unidad empresarial.

Sobre el empresario recae la titularidad del derecho constitucional a la libertad de empresa, que actúa en conexión con la propiedad privada y el mercado⁹², que implica, por ende, el derecho a no ser perturbado en su propiedad privada y a desarrollar su actividad en un mercado que le ofrezca garantías para el desarrollo de su actividad productiva.

La libertad de empresa está representada en dos ámbitos: el ámbito subjetivo, que otorga al titular facultades de creación, organización y gestión de la organización empresarial, y el ámbito objetivo, referido al mercado, que

⁹¹ Sentencia núm. 403/2011 de 22 noviembre, AC 2011\1621 de la Audiencia Provincial de Valladolid.

⁹² CASAS BAAMONDE, M. C, et al.: “Las transformaciones del derecho al trabajo en el marco de la Constitución Española”. Ed. La Ley. Madrid. 2006. Pág. 753

consiste en proveer unas condiciones para el desarrollo de la libertad de empresa⁹³

La tutela legal de la actividad empresarial, que alcanza su cúspide en el mandato constitucional del art. 38 CE y se apoya a nivel europeo en el art. 43 del Tratado de Roma, que dispone la libertad de establecimiento y las facultades de gestión y constitución de empresas para los particulares, encuentra preceptos que la desarrollan en todas las áreas del derecho. A pesar de esta amplitud, la defensa de la organización empresarial se concentra en el ámbito mercantil, principalmente en dos áreas: los derechos industriales y el derecho de la competencia⁹⁴.

La empresa es una “realidad jurídicamente relevante”⁹⁵ para el derecho en general, y para el derecho del trabajo en particular. La protección a la actividad empresarial y a la posición de la empresa en el mercado se manifiesta en el ámbito laboral en los poderes directivos conferidos al empresario; y también en la igualdad de los costes laborales⁹⁶ y en las prohibiciones de competencia en la relación laboral del art. 21 ET.

En términos generales, el art. 21 ET está orientado a proveer al empresario mecanismos de protección de sus intereses a través de la constitución de obligaciones adicionales del trabajador, como la permanencia en la empresa, la dedicación exclusiva, la no competencia postcontractual y mediante un mandato legal de prohibición de competencia desleal.

⁹³ Ibídem. Pág. 756.

⁹⁴ DIVAR, J.: “*La empresa y el empresario*”. Ed. Dykinson. Madrid. 2006. Pág. 35. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “*La prohibición de competencia desleal*”. Ob. Cit. Pág. 60. Coinciden en afirmar que la propiedad industrial y el derecho de la competencia son instrumentos jurídicos de protección de la organización empresarial.

⁹⁵ MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del trabajo*”. 33 Ed, Ed. Tecnos, Madrid, 2012. Pág. 539.

⁹⁶ GOERLICH PESET, J.M., GUAMAN HERNANDEZ, A., et al.: “*Libertades económicas, mercado de trabajo...*” Ob. Cit. Pág. 475.

En específico, el art. 21.1 y 2 ET busca proteger “la clientela y las perspectivas de negocio, que se agrava si para ella se utilizan las informaciones que se poseen siendo”⁹⁷.

El legislador integró este artículo en el entramado jurídico laboral para impedir principalmente el perjuicio empresarial por la competencia del trabajador que se realiza, infringiendo lo dispuesto por ley, en el caso de la competencia desleal, o lo dispuesto por la ley particular mediante acuerdo de voluntades a través del pacto de no competencia post contractual. De este modo, salvaguarda el interés privado del empresario de los envites concurrenciales de sus trabajadores o antiguos trabajadores.

La protección que le dispensa el ordenamiento laboral al empresario, a través de las prohibiciones de competencia, tiene la finalidad de evitar el perjuicio de sus intereses patrimoniales, vedando ciertas actividades competenciales del trabajador. Estas prohibiciones defienden el desarrollo de la actividad empresarial amparada en el respaldo legal a la libertad de empresa.

Que el art. 21 ET proteja el interés empresarial no puede identificarse exclusivamente con el favorecimiento al interés del empresario titular de la unidad empresarial⁹⁸, ya que también se busca asegurar la permanencia en el mercado de la actividad comercial o industrial de la empresa en beneficio de todos los sujetos que integran la organización económica, incluyendo a los trabajadores que podrían verse afectados ante la imposibilidad de que la unidad empresarial desarrolle su actividad productiva.

Se protege entonces, de forma directa, al empresario, titular de una empresa y/o acreedor del trabajo, para que pueda ejercer el comercio o la

⁹⁷ ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E.: “*Derecho del trabajo*” 24ª. Ed. Ed, Thomson Aranzadi, Madrid, 2006. Pág. 373. Para los autores esa es la conexión entre la prohibición de concurrencia y la obligación de secreto.

⁹⁸ VIDA SORIA, J. et al.: “*Manual de derecho del trabajo*”. 9na ed. Ed. Comares. Granada. 2011. Pág. 473. Explica el autor, que en términos generales, aunque no en referencia al art. 21 ET, “el interés de la empresa no puede identificarse solo con el interés del empresario (beneficio económico)”

industria sin ser perturbado en su propiedad privada; y, de forma indirecta, también se tutela a los trabajadores, para que puedan seguir ejerciendo su profesión u oficio dentro de una organización empresarial.

En concreto, en el pacto de no competencia postcontractual, la jurisprudencia ha señalado que no existe un único interés protegido. En ese sentido se expresa la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 7042), que reseña que “existe un doble interés: para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo; estamos, pues, ante obligaciones bilaterales, recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del art. 1256 CC no puede quedar al arbitrio de sólo una de las partes”.

La característica que diferencia la competencia que genera un trabajador o antiguo trabajador respecto a la competencia ofrecida por otros operadores del mercado es la ventaja que obtiene por haber celebrado un contrato de trabajo que le permite conocer todas las interioridades de su oponente en el mercado. Con la prohibición de competencia se busca evitar que una parte, integrante de la organización socio económica denominada empresa, entre en conflicto por manejar intereses contrapuestos.

La conducta desleal reprochada en el art. 21. ET es aquella que intenta el aprovechamiento indebido de la reputación o esfuerzo de su empresario, con el fin de beneficiarse de forma ilícita de datos sobre la gestión empresarial, los productos, los clientes y las técnicas industriales o comerciales, infringiendo con esa conducta el deber de buena fe contractual inherente a la relación laboral⁹⁹ y que exige al trabajador un comportamiento ético respecto a su empresario, y de este respecto de aquel¹⁰⁰.

⁹⁹ HERRERO GUILLEM, V.M., PRADOS DE SOLÍ, J.M. “2000 *soluciones laborales*” 3ra. Ed. CISS. Madrid. 2007. Pág.153.

¹⁰⁰ ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., et al: La jurisprudencia de la buena fe en el contrato de trabajo, desde el prisma de la uniformidad. BIB 1996\57. AS vol. IV. 1996.

En esta perspectiva, el empresario que enfrenta a su trabajador en la pugna por un espacio en el mercado se encuentra en desigualdad de condiciones, por lo cual debe dársele mecanismos protectores para evitar la competencia de la que es especialmente sensible.

La limitación a la competencia diferencial que impone el legislador también obedece a la inquietud por mantener la honradez del mercado. En este orden de ideas, se prohíben las actividades competenciales del trabajador, para proteger la clientela¹⁰¹ y los secretos profesionales¹⁰².

En específico, el pacto de no competencia postcontractual se fundamenta en evitar la exposición del empresario a actuaciones desleales de sus antiguos trabajadores¹⁰³. Por esto, el pacto de no competencia poscontractual persigue el objetivo de defender la actividad empresarial y sus intereses competitivos¹⁰⁴.

Pero el pacto de no competencia postcontractual no solo trata de evitar la competencia desleal del antiguo trabajador; también procura impedir que éste “aproveche la formación, los conocimientos, la experiencia y la relación con la clientela adquiridos durante el tiempo que presto servicios en la empresa, con el fin de desarrollar en beneficio propio o de terceros, actividades susceptibles de perjudicar la posición que ocupa la empresa en el sector del mercado”¹⁰⁵.

¹⁰¹ Ibídem.

¹⁰² GARCÍA VIÑA, J.: “*La buena fe en el contrato de trabajo...*” Ob. Cit. Pág. 217. Expresa que la razón de ser de la protección de competencia desleal es la protección de la clientela y de los intereses específicos del empresario respecto a la reserva de los secretos de la empresa.

¹⁰³ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Límites a la competencia...” Pág. 23.

¹⁰⁴ CHARRO BAENA, P.: “Nota sobre la posibilidad de fijar en...” Ob. Cit. Pág. 2539 y ss.

¹⁰⁵ GARCÍA VIÑA, J.: “*La buena fe en el contrato de trabajo...*” Ob. Cit. Pág. 222.

Dado que el objeto de protección es la actividad empresarial, la prohibición se ciñe a un mercado específico. De su lado, el mercado de referencia para la prohibición de competencia desleal y para el pacto de no competencia postcontractual es aquel en el que lleva a cabo sus actividades el empleador.

Por su parte, la competencia desleal del trabajador altera las reglas del juego competencial ya que estas se desequilibran en detrimento del empresario, contradiciendo una de las premisas del derecho de la competencia, que es la efectiva igualdad entre los competidores para preservar la existencia de una efectiva competencia¹⁰⁶.

En definitiva, los dos instrumentos puestos a disposición del empresario para evitar la competencia del trabajador, erigidos en forma de mandato legal, por un lado, y, por otro, de acuerdo de voluntades, tienen idéntica finalidad, aunque distinto fundamento¹⁰⁷. Los dos buscan preservar los intereses competitivos del empresario a través de la protección de determinados bienes o activos del empresario como la clientela, los datos internos del empresario sobre procesos técnicos, de producción, gestión, mercadeo, así como la utilización indebida de los medios físicos del empresario, cuya lesión afecta al patrimonio empresarial.

Al hilo de estas ideas, las prohibiciones laborales de competencia del trabajador buscan evitar perturbaciones injustificadas del ejercicio de la actividad empresarial a través de la preservación de la lealtad, que proscribe “el aprovechamiento indebido de la reputación o esfuerzo del empresario”, el beneficio ilícito basado en “la información sobre productos, procesos y clientes que pueda proporcionar la pertenencia a la misma”, incluyendo la obligación de

¹⁰⁶ GOERLICH PESET, J.M., GUAMAN HERNANDEZ, A., et al.: *“Libertades económicas, mercado de trabajo...”* Ob. cit. 477. Expresa que la “efectiva igualdad entre los competidores aparece como prerequisite para la existencia de efectiva competencia en un mercado”.

¹⁰⁷ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *“La prohibición de competencia desleal...”* Ob. Cit. Pág. 38.

informar “las propias actividades profesionales que puedan afectar a sus intereses”¹⁰⁸.

La clientela es uno de los aspectos más importantes de la unidad empresarial del empleador, que se intenta proteger con la prohibición laboral de competencia no solo por el perjuicio directo al empleador, sino también por su incidencia en “alterar el juego de la libre competencia, a través de proporcionar una posición de ventaja para la segunda actividad”¹⁰⁹.

De esta manera, se propugna la preservación de la lealtad en la disputa por la clientela, que es “la esencia de la competencia en el ámbito del mundo del comercio es la de atraer posibles clientes a costa de las demás empresas con igual objeto”¹¹⁰. En especial mención a la clientela, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Social), en Sentencia núm. 190/2008, de 28 julio (AS 2008\2489), reseñó que la clientela, “aunque difícilmente mensurable, es un activo patrimonial de la empresa que debe ser respetado por el trabajador como parte de su deber de colaboración leal con el empresario y de comportamiento de acuerdo a la buena fe”

La protección al derecho fundamental de la libertad de empresa, representada en las prohibiciones laborales a la competencia del trabajador enunciadas en el art. 21.1 y 2 ET, no implica una necesaria contradicción con la libertad al trabajo, aunque sí implica una modalización de derechos del trabajador en “atención a la existencia de la empresa”¹¹¹ y a los intereses de la organización empresarial. Esta modulación a la libertad de trabajo se impone al trabajador para el logro del legítimo interés empresarial¹¹². Entiende la jurisprudencia que “la libertad de trabajo no justifica el desvío de una clientela,

¹⁰⁸ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 1054/2003 de 9 diciembre JUR 2006\197285.

¹⁰⁹ STS de 29 de Marzo de 1990 (RJ 1990/2367), STSJ de Cataluña núm. 1982/2000 de 1 marzo (AS 2000\1669), (Sala de lo Social)

¹¹⁰ STS 11 Junio 1986 (RJ 3528/1986)

¹¹¹ VIDA SORIA, J. et al.: “*Manual de derecho del trabajo*” Ob. Cit. Pág. 473

¹¹² STC 99/1994 de 11 de Abril (RTC 1994/99)

lo que es un acto ilícito en sí mismo, que en base a la deslealtad debe fundar una responsabilidad, y además por significar la ilícita privación de un activo patrimonial, puede ser calificado también de competencia desleal”¹¹³.

8.2 La evolución histórica de la prohibición laboral de competencia

Los antecedentes históricos de la prohibición de competencia no pueden sino encontrarse en aquella área jurídica donde el comercio y el derecho a competir son los ejes centrales objeto de regulación. Así, es en el derecho mercantil donde se encuentra la génesis de esta prohibición.

La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo está profundamente vinculada con la buena fe contractual, siendo considerada como una expresión de este. Desde la edad media, la buena fe desempeña un papel determinante como norma reguladora en los usos comerciales, incidiendo en esta época en la generalización de la obligatoriedad de los pactos¹¹⁴. La construcción jurídica del concepto de la buena fe permitió posteriormente su omnipresencia en todas las áreas del derecho, y sirvió para asociarla en el derecho mercantil a las obligaciones de lealtad y confianza, sirviendo de base para fundamentar la incorporación de la prohibición de competencia en algunas ocupaciones o profesiones propias del tráfico mercantil, hasta que la prohibición fue acogida por el ordenamiento laboral.

La evolución histórica de la prohibición de competencia del trabajador es descrita por Castiñeira Fernandez¹¹⁵. El autor registra como primer antecedente el Código de las costumbres marítimas de Barcelona, siendo sujeto de la prohibición el auxiliar del naviero. Además, reseña cómo a mediados siglo XVI

¹¹³ STSJ de Navarra, (Sala de lo Social) núm. 190/2008 de 28 julio AS 2008\2489.

¹¹⁴ MARZAL MARTINEZ, O. F.: “*Concurrencia, competencia y pacto de permanencia en la empresa*” en Manual Práctico Laboral, Instituto Español de Gestión y Dirección Empresarial. Madrid, 1999. Pág. 185.

¹¹⁵ CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: “*Prohibición de competencia...*” Ob. Cit. Pág. 51 ss.

algunos contratos de factoría entre España y las Indias contenían cláusulas de exclusiva con inclusión de clausula penal. Por su parte, las compañías de comercio con América, así la compañía de Barcelona en el año 1755, prohibía a los dependientes hacer comercio en los mismos territorios que ella, al igual que la compañía de comercio y fábricas de Toledo y la compañía de Filipinas. Esta última estableció en el año 1785 la obligación de dedicación exclusiva para los directores, mientras que para los dependientes una prohibición limitada a las mismas actividades de la compañía.

El antecedente normativo más próximo al primer Código de Comercio español, las ordenanzas de Bilbao, solo contiene prohibiciones de competencia para los federatarios públicos mercantiles, más no para los auxiliares del comerciante o del naviero. Posteriormente, la prohibición de competencia fue recogida en la codificación mercantil española. Históricamente, los códigos de comercio han regulado especialmente las relaciones de algunos trabajadores específicos vinculados con la actividad comercial tales como los auxiliares de comerciante o del naviero. Por ende, tanto en el Código de Comercio de 1829 como en el posterior de 1885, los factores y mancebos de comercio son objeto de la prohibición de competencia.

El Código de Comercio de 1829 fue el primer texto normativo en regular la prohibición de competencia en la relación laboral de factores, dependientes o mancebos. En el art. 180 se vedaba a los factores traficar a nombre propio o ajeno en el mismo género de las negociaciones que realizaba para el comitente. En complemento con lo anterior, el art. 199 sancionaba el incumplimiento de la prohibición de competencia, disponiendo causas especiales de despido para los factores y mancebos, entre las que se encontraba fraude o abuso de confianza en las gestiones por realizar negociaciones de comercio sin permiso de su principal¹¹⁶.

Por otra parte, en el art. 655 del C.C.o se consagraba la prohibición para el naviero, sancionándolo en caso de incumplimiento con la pérdida de la

¹¹⁶ MARZAL MARTINEZ, O. F.: “*Concurrencia, competencia...*” Ob. Cit. Pág. 185

utilidad del negocio realizado; y en los arts. 727 y 728, respecto a los sobrecargos¹¹⁷.

De la misma manera, el Código de Comercio de 1885 disponía en el art. 288 la interdicción de la competencia de los auxiliares del comerciante, penalizando también el incumplimiento con la pérdida de ganancias a favor del principal y con el despido contemplado en el art. 300.2¹¹⁸. Igualmente, establecía en el art. 613 la proscripción de negocio independiente para los capitanes que navegaban a flete. Además, por vía jurisprudencial se extendió a los gerentes la prohibición de negociar por su cuenta¹¹⁹.

Cabe agregar que aún se mantienen vigentes en el ordenamiento jurídico mercantil la prohibición de competir del factor y los auxiliares del comerciante, así como la de los auxiliares del naviero, ubicándose en los artículos referidos (arts. 288, 300.2, 613 C.C.o)

En este punto es importante precisar quienes se consideraban auxiliares del comerciante y, por tanto, sujetos a la interdicción de competir. Estaban inmersos en tal calificación los factores, los mancebos y los dependientes. Los factores eran los representantes del comerciante con poderes amplios y permanentes, facultados para contratar y obligar al comerciante frente a terceros. Los mancebos, los dependientes auxiliares del comerciante que podían vender al detal o al por mayor e inclusive representar al comerciante previo poder especial. Los dependientes, en un sentido amplio, eran el género que abarcaba a todos los auxiliares del comerciante: factores y mancebos. Sin embargo, en un sentido más restringido, eran los apoderados singulares de los comerciantes, diferenciándose de los factores en la naturaleza del poder conferido con un mandato de menor amplitud¹²⁰.

¹¹⁷ CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: “Prohibición de competencia...” Ob. Cit. Pág. 59

¹¹⁸ Ibídem. Pág. 60.

¹¹⁹ MARZAL MARTINEZ, O. F.: “Concurrencia, competencia...” Ob. Cit. Pág. 186.

¹²⁰ ESPUNY TOMAS, M. J., et al: “Los obreros del comercio. Un análisis histórico jurídico de la dependencia mercantil catalana”. Ed. Dykinson s.l. Madrid, 2011. Pág. 21 ss.

En definitiva, la naturaleza de las funciones de los auxiliares del comerciante, al realizar negocios ajenos o actos mercantiles a nombre de otros, exponen al empresario a un mayor grado de lesividad ante una actuación competencial de este tipo de empleados.

La explicación de la extensión de la prohibición es la cabal protección de los intereses pecuniarios del comerciante. Para Nevado Fernandez, la justificación para estas prohibiciones es evitar el perjuicio de los empresarios, del naviero en el caso particular de las negociaciones del capitán o sobrecargo debido a que ejercen su actividad lejos del control de su empleador, así como del comerciante o empresario en el caso de los factores y mancebos debido a las amplias facultades que le permiten actuar en nombre del empresario y que derivan en la posición ventajosa y potencialmente peligrosa para los intereses del principal¹²¹.

En todo caso, es necesario distinguir el alcance de la prohibición de los factores y auxiliares del comerciante, ya que este es proporcional al nivel de riesgo que representan para el comerciante. Así, a los factores se les prohíbe actuar por cuenta propia o ajena, y a los auxiliares por cuenta propia, teniendo en cuenta, como ya se dijo, la entidad del perjuicio que podrían causar.

Vale la pena aclarar que las prohibiciones de competir, consagradas en los Códigos de Comercio de 1829 y 1885, no hacían alusión expresa ni tácita a la competencia desleal. Las primeras interpretaciones del código de 1885 no distinguían dichos conceptos, que aún no habían sido delimitados. Se puede inferir, entonces, que se les prohibía competir, en toda la amplitud del término, confundiéndose incluso con la obligación de dedicación exclusiva¹²².

Además de las prohibiciones para las profesiones previamente mencionadas, existen otras contenidas también en la normativa mercantil, que

¹²¹ NEVADO FERNANDEZ, M. J.: *“Las restricciones a la competencia...”* Ob. Cit. Pág. 47.

¹²² CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: *“Prohibición de competencia...”* Ob. Cit. Pág. 61 ss.

buscan igualmente limitar la competencia a determinados sujetos que tengan una posición especial dentro de la empresa y que puede resultar ventajosa para competir. Los sujetos sobre los que recae la prohibición son aquellos que tienen un vínculo societario o de dependencia con la empresa¹²³.

Estos pactos en materia societaria surgen como mecanismos contractuales que prohíben la realización de actividades por cuenta propia de los socios en aras de preservar el interés común y el patrimonio social. Los primeros vestigios de las restricciones a la competencia en el derecho societario se encuentran en documentos mercantiles del norte de Europa que datan del siglo XIII. A pesar de que en el siglo XIV fueron recogidos en normas estatutarias relativas a actividades gremiales, solo hasta el siglo XV se masifica la incorporación de esa cláusula en los contratos de sociedad¹²⁴.

Precisando de una vez, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en el art. 65, prohíbe a los administradores y socios dedicarse por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que el que constituye el objeto de la sociedad, salvo autorización expresa de la sociedad.

En este mismo orden y dirección, los arts. 136 y 137 del Código de comercio establecen esa restricción en similares términos a los anteriores para las sociedades de responsabilidad colectiva y comanditaria. Para los socios industriales, la restricción se plasma en el art. 138 del citado código.

Por su parte, en la sociedad anónima el deber de no competencia es un criterio básico de un diligente ejercicio del cargo de administrador, cuya

¹²³ BAYLOS GRAU, A., "La prohibición de concurrencia desleal. Notas sobre la evolución legal y jurisprudencial" *Temas Laborales*, núm. 8, 1986, Pág. 10 en LOPEZ ANIORTE, M.C.: "*La competencia del trabajador...*" Ob. Cit. Pág. 27.

¹²⁴ FERNANDEZ ALBOR BALTAR, A.: "*Prohibiciones de competencia en la sociedad de responsabilidad limitada*" Ed. Tirant La Blanch. 1ª Ed. Valencia, 2005. Pág. 22.

infracción puede motivar la cesación del cargo en concordancia con los arts. 127 y 132.2 LSA¹²⁵.

En esa misma perspectiva de la prohibición de competencia por las ventajas inherentes a cargos de administración y confianza, se desenvuelven también las relaciones laborales especiales de alta dirección; sobre ellas, se profundizara más adelante.

Para finalizar, existen relaciones jurídicas de carácter civil o mercantil que incorporan cláusulas de no competencia y de exclusividad¹²⁶. Aludiré brevemente a las restricciones de competencia previstas por la normativa mercantil para determinados contratos. Las cláusulas mercantiles de prohibición de competencia son incorporadas principalmente a los contratos de agencia, de distribución, de compraventa y transmisión de empresas. En concreto, el art. 20 de la Ley 12/1992, de 27 de Mayo, del contrato de agencia permite la limitación de las actividades profesionales del agente una vez extinguido dicho contrato. La duración máxima de esta limitación postcontractual está prevista en dos años, aunque si el contrato de agencia se pactó por un tiempo menor puede tener una duración máxima de un año.

Al contrato de distribución se le aplica por analogía la normativa del contrato de agencia; en consecuencia, también puede incorporar cláusulas de no competencia postcontractual y de no competencia durante la vigencia del contrato. El Tribunal Supremo ha expresado que en este tipo de contratos no existe infracción a la libre competencia, dado que su existencia se justifica para evitar, “dentro de la relación vertical entre concedente y distribuidor, que éste pudiera explotar la posición y conocimientos obtenidos durante la vigencia del contrato para aprovecharse ventajosamente del know-how y la tecnología de la concedente tras la extinción del mismo”¹²⁷.

¹²⁵ SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “La competencia entre la sociedad y sus directivos” RdS No 18, 2002, Pág. 14.

¹²⁶ Para ahondar en el tema de la exclusividad en el seno de las relaciones civiles y laborales, como elemento indiciario de laboralidad ver SELMA PENALVA, A.: “*Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*” Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007. Pág. 111 ss.

¹²⁷ STS (sala civil) núm. 899/2007 de 31 julio (Ar. RJ 2007\5093).

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha indicado, respecto a las cláusulas de prohibición de competencia en los supuestos de transmisión de empresas, que “el tráfico mercantil impone o aconseja ciertas restricciones a la competencia, en cuyo caso las cláusulas de inhibición, de estar incorporadas a contratos cuyo objeto principal no sea restringir, impedir o falsear la competencia, que constituya restricciones accesorias del comercio, más o menos necesarias o simplemente útiles o convenientes, por lo que se alude su validez cuando están suficientemente justificadas y sirven a la finalidad perseguida en un contrato lícito”¹²⁸.

El Alto Tribunal complementa la anterior idea, afirmando que “los contratos que regulan relaciones que comportan la transmisión de una empresa, clientela, know how, en los que la imposibilidad de entrega material impone al transmitente desplegar una conducta dirigida a no desviar la clientela ni interferir en las relaciones del adquirente durante el tiempo preciso y en el espacio o territorio en el que el transmitente desarrollaba su actividad, incluso si ello comporta una imposibilidad temporal de competir en determinados nichos del mercado”¹²⁹.

No obstante, dado que no es el objeto de estudio el análisis de la prohibición de competencia desde la perspectiva mercantil, procederé a explicar la recepción de la prohibición de competencia en el ámbito laboral.

8.3 Incardinación en la normativa laboral de la prohibición de competencia

El desarrollo histórico y normativo de la prohibición de competencia en los distintos textos legales que han regulado la relación laboral es, sin duda, de obligado estudio para una mayor comprensión de los términos actuales de la

¹²⁸ STS (Sala civil) núm. 301/2012 de 18 mayo (Ar RJ 2012\6360).

¹²⁹ STS, sala de lo civil, No 301/2012 de 18 mayo (Ar RJ 2012\6360).

prohibición. El punto de partida lo constituye el Código de Trabajo de 1926, caracterizado por la ausencia de regulación en la materia y por su remisión a la ley mercantil, así como las sucesivas Leyes de contrato de trabajo hasta la promulgación del Estatuto de los Trabajadores. Su actual versión de Texto Refundido, da cuenta de una pausada evolución marcada por la disminución paulatina de la extensión del ámbito de la prohibición.

Antes del Código de Trabajo de 1926, se puede encontrar un primer antecedente. Montoya Melgar recuerda que el proyecto de Ley de Contrato de Trabajo de Burgos y Mazo de 1919 implantaba la normativa mercantil relativa a la prohibición de concurrencia. En armonía con este texto normativo, el anteproyecto de LCT de 1922 propuesto por el Instituto de Reformas Sociales incorporaba como causal de justo despido “el fraude o abuso de confianza en las gestiones confiadas al obrero o al dependiente, así como las negociaciones de comercio por cuenta propia sin autorización del principal”¹³⁰.

8.3.1 Código de Trabajo de 1926

La primera normativa específica relativa al intercambio de trabajo por salario representada en el Código de trabajo de 1926 fue una recopilación parcial e incompleta, cuya limitación fue reconocida en la exposición temática al expresar que no abarcaba todo el derecho del trabajo¹³¹. Muestra de esa precaria regulación es la no inclusión expresa de la prohibición de competencia.

Dadas las consideraciones que anteceden, cabe matizar que hay un pequeño avance en esta materia respecto al Código mercantil previo, porque la falta de confianza no se limita a las gestiones o actos negociales, sino que

¹³⁰ MONTOYA MELGAR, A.: “*La buena fe en el derecho del trabajo*” Ed. Tecnos. Madrid. 2001. Pág. 62.

¹³¹ Es unánime la doctrina en reconocer la precaria sistematización realizada por el Código de Trabajo de 1926, MARTINEZ GIRON, J., et al.: “*Derecho del trabajo*” Ob. Cit. Pág. 268. ESPUNY TOMAS, M.J., GALA DURAN, C.: “*Ordenación jurídica de las relaciones laborales (I)*”. Ed. Universitat Oberta de Catalunya. 2002. Pág. 13.

abarca a cualquier clase de trabajo que realice el obrero¹³², como se evidencia en el art. 21.2 que calificaba como justa causa de despido “la falta de la confianza debida en las gestiones o en la clase de trabajo a que se dedique el obrero”. Así mismo, el art. 23 remitía a la aplicación de la regulación mercantil, específicamente del art. 300 al 302 C.C.o, únicamente para los trabajadores allí contemplados.

La siguiente Ley de Contrato de Trabajo posterior a este Código de 1926, la de 1931, amplió las modalidades de negociación prohibidas, acogiendo no solo las de comercio, ya que inicialmente la norma iba dirigida solo a los comerciantes, sino también las de industria, para su aplicación generalizada a todos los trabajadores¹³³.

8.3.2 Ley de Contrato de Trabajo de 1931

Durante el periodo de 1931 a 1936 se construyen las principales instituciones del derecho del trabajo en España¹³⁴. La Ley de Contrato de Trabajo de 1931, inspirada en el proyecto alemán de LCT de 1923, y caracterizada por la universalidad en su ámbito de aplicación, acoge la prohibición de concurrencia en el art. 85. La positivización laboral viene acompañada de una extensión de la prohibición a todos los trabajadores y de la configuración del deber de fidelidad en el contrato de trabajo. Enumeraba entre los deberes del trabajador, la fidelidad a la empresa, guardar los secretos relativos al negocio y no hacer concurrencia a su patrono ni colaborar con quienes lo hagan¹³⁵.

¹³² MONTOYA MELGAR, A.: “*La buena fe en el derecho del trabajo*” Ob. Cit. Pág. 62.

¹³³ MARZAL MARTINEZ, O. F.: “*Concurrencia, competencia...*” ob. Cit... Pág. 186.

¹³⁴ MARTIN RIVERA, L.: “*El despido objetivo por necesidades de la empresa*” 1º Ed. Ed. Reus. Zaragoza. 2008. Pág. 34.

¹³⁵ SOTO CARMONA, A.: “*El trabajo industrial en la España contemporánea (1874-1936)*” 1º Ed. Ed. Anthropos. Barcelona. 1989. PÁG. 331.

Además, el art. 89.6 incluyó en la causa de despido las negociaciones por cuenta propia¹³⁶. Así mismo, el art. 86 innovó, al acoger por primera vez la prohibición de no competencia postcontractual, y permitir pactar la prohibición con caducidad de 2 años para los obreros y de 4 años para los empleados técnicos.

La LCT preveía que, si el trabajador desoía la oposición del empresario a las actividades concurrenciales, éste podía exigir indemnización por daños y perjuicios y reservarse el derecho a la denuncia del contrato. Además, también preveía la pérdida para el trabajador de la ganancia percibida por sus negocios por cuenta ajena y que estos fuesen considerados realizados por el patrono¹³⁷.

Cabe resaltar que, en esta primigenia consagración laboral de la prohibición, se evidencian rasgos que en esta materia persisten en la normativa actual. Se aprecia lo anterior, en la declaración de legalidad del pluriempleo realizada en el art. 1 LCT, que no fue óbice en ese momento histórico ni lo es actualmente, para la limitación del derecho a la libertad del trabajo y de competir al patrono.

También es oportuno destacar que, tanto en aquella época como en la actualidad, la prohibición de competencia incluía requisitos. Así, el art. 85 LCT, basado en la legislación alemana, establecía que el trabajo complementario desarrollado por el trabajador debía pertenecer a la misma rama industrial o comercial del patrono y perjudicar a la empresa.

8.3.3 Ley de contrato de trabajo de 1944

La Ley de Contrato de Trabajo de 1944 mantuvo similitudes con la LCT de 1931, ya que admitía el pluriempleo y también contenía la obligación de no competir durante el contrato de trabajo ni colaborar con los competidores del

¹³⁶ LOPEZ ANIORTE, M.C.: “*La competencia del trabajador...*” Ob. Cit. Pág. 30.

¹³⁷ MARZAL MARTINEZ, O. F.: “*Concurrencia, competencia...*” Ob. Cit. Pág. 186.

empresario, consagrada en el art. 73 LCT. Sin embargo, también introdujo novedades en la redacción de los artículos y en el cambio de ubicación del precepto que estipulaba como causa de despido la realización de actividades competitivas. La causa de despido del trabajador generada por realizar, sin autorización del empresario, negociaciones de comercio o industria por cuenta propia o de un tercero se formulaba en el art. 77 g)¹³⁸. Por otro lado, el art. 74 LCT regulaba el pacto de no competencia post contractual¹³⁹.

La LCT de 1944 modifica el artículo 89 de la LCT de 1931, al adicionar la prohibición de hacer negociaciones por cuenta ajena sin que medie autorización expresa del empleador. No recurría expresamente al concepto de la buena fe para fundamentar la prohibición de competencia, sino que se amparaba en el concepto de fidelidad a la empresa empleado en el art. 70.1, y de lealtad, al tipificar en el art. 77.e como justa causa de despido el fraude, la deslealtad y el abuso de confianza¹⁴⁰. Como complemento, la normativa preveía en el art. 71 la prohibición a los trabajadores de recibir gratificaciones sin autorización del empresario; y en el art. 72, la obligación del trabajador de mantener los secretos sobre la explotación y negocios durante la relación laboral y, una vez extinta esta, con la única excepción de que dicha información fuese requerida en su profesión¹⁴¹.

La prohibición de competencia era de una amplitud cuestionada por la doctrina, por considerar que carecía de especificidad en el tipo de concurrencia prohibida¹⁴². Así, se impedía competir de forma absoluta, consagrando indirectamente un deber de exclusiva, ya que las interpretaciones jurisprudenciales se basaban en la presunción *iuris tantum* y estimaban, en

¹³⁸ CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: “Prohibición de competencia...” Ob. Cit. Pág. 91

¹³⁹ NEVADO FERNANDEZ, M.J.: “Las restricciones a la competencia...” Ob. Cit. Pág. 52.

¹⁴⁰ MARTINEZ GIRON, J., et al.: “Derecho del trabajo” Ob. Cit. Pág. 268.

¹⁴¹ MARZAL MARTINEZ, O. F.: “Concurrencia, competencia...” Ob. Cit. Pág. 187

¹⁴² SEMPERE NAVARRO. A.V.: “Despido disciplinario y preparación de la competencia desleal” AS vol. V. núm. 32. Pamplona. 1991. Pág. 7 ss.

base a ello, la existencia de perjuicio para la empresa por la simple realización de trabajos objetivamente concurrentes por parte del trabajador¹⁴³.

El supuesto de la prohibición de concurrencia del trabajador a la luz de la LCT/1944 exigía la realización de actividades o negocios del trabajador por cuenta propia o ajena, además de la producción de un perjuicio empresarial y la ausencia de autorización empresarial respecto a la actividad o negocio realizado por el trabajador¹⁴⁴. La totalidad de estos requisitos no se incorporaron en el siguiente texto normativo, que derogó estas disposiciones.

Por otra parte, la LCT/1944 también consagró la prohibición laboral de competencia postcontractual en el art. 74, al que se conectó con el deber de fidelidad del art. 70.

8.3.4 Estatuto de los Trabajadores de 1980

El punto más relevante en la legislación laboral en esta materia lo marca el Estatuto de los Trabajadores de 1980, que modifica aspectos importantes que posteriormente permanecieron inalterables en el ET/1995. A partir del ET/1980, se emplea la transgresión de la buena fe contractual, en reemplazo de los términos fraude y deslealtad empleados por la normativa predecesora¹⁴⁵.

A diferencia de la LCT/1944, el ET/1980 no alude a las actividades por cuenta ajena, ni a la generación de un perjuicio o a la ausencia de autorización empresarial como elementos del supuesto normativo¹⁴⁶.

El ET/1980 acogió en el art. 21 la prohibición legal de competencia desleal, pero los términos de la prohibición del ET en comparación con el

¹⁴³ LOPEZ ANIORTE, M.C.: “*La competencia del trabajador...*” Ob. Cit. Pág. 31 ss.

¹⁴⁴ DE VAL TENA, A. L.: “*La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador*” Madrid, Ed. Tecnos, 1996. Pág. 17.

¹⁴⁵ MARZAL MARTINEZ, O. F.: “*Concurrencia, competencia...*” Ob. cit. Pág. 187

¹⁴⁶ DE VAL TENA, A. L.: “*La prohibición de concurrencia entre empresario...*” Ob. Cit. pág. 10.

régimen de la LCT fueron menos permisivos, impidiendo solamente aquella concurrencia que sea desleal¹⁴⁷. De esta manera evoluciona la prohibición de concurrencia durante la relación laboral, ya que no proscribe todo tipo de concurrencia, sino solo aquella que sea desleal.

Sin embargo, la doctrina considera que la nueva configuración orientada a la deslealtad en la competencia no tuvo impacto en la jurisprudencia de la época, que mantuvo una amplia interpretación acorde a la aplicación del art. 73 LCT¹⁴⁸, equiparando conceptualmente la concurrencia (directa o indirecta) con la competencia desleal¹⁴⁹ y recurriendo al concepto de actividad similar o análoga a la del empresario para determinar si la competencia era prohibida, presumiendo el perjuicio empresarial¹⁵⁰.

Este texto normativo reguló también el pacto de no competencia postcontracual, disponiendo el nacimiento de la obligación por acuerdo de voluntades en el art. 21 ET.

8.3.5 El Estatuto de los Trabajadores de 1995

Se mantiene en idénticos términos la prohibición laboral de competencia del trabajador. El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), en sentencia núm. 963/2000, de 18 octubre (RJ 2000\8809), recuerda que el art. 21 ET vigente es absolutamente similar al recogido en el mismo precepto en el ET/1980 y al art. 5 d), que fijaba el deber de los trabajadores no concurrir con la actividad de la

¹⁴⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Despido disciplinario y preparación...” Ob. Cit. Pág. 7-28.

¹⁴⁸ Coinciden en la crítica hacia la interpretación jurisprudencial y doctrinal NEVADO FERNANDEZ. “*Las restricciones a la competencia...*” Ob. Cit. Pág. 53. y LOPEZ ANIORTE, M.C.: “*La competencia del trabajador con su empresa*” Ob. cit. Pág. 32.

¹⁴⁹ BAYLOS GRAU, “La prohibición de concurrencia desleal. Notas sobre la evolución legal y jurisprudencial”, Temas Laborales, núm. 8, Pág. 13 en SEMPERE NAVARRO. A.V.: “Despido disciplinario y preparación...” Ob. Cit. Pág. 7 ss.

¹⁵⁰ Ibídem. Pág. 8 ss.

empresa, incluyendo también la consagración del pacto de prohibición de no competencia postcontractual.

Una vez realizado este repaso histórico de la legislación laboral, procederé a analizar las obligaciones de no competencia en el marco del ordenamiento jurídico vigente. En el próximo capítulo se explicarán los elementos que conforman los términos actuales de la prohibición de concurrencia desleal contenida en el art. 21.1 ET, así como del pacto de no competencia postcontractual formulado en el art. 21.2 del mismo texto legal.

CAPITULO II

El juego de la autonomía de la voluntad privada en la celebración de los pactos del art. 21 ET

9. *Aproximación inicial al instituto de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico*

La autonomía de la voluntad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho privado. Sin embargo, este principio, que predomina en el derecho civil, sufre una modulación en el derecho laboral. En ese ámbito, la norma estatal establece unas condiciones mínimas en la relación de intercambio de trabajo por salario, que sirven de parámetros para demarcar la reducción del campo de acción de la voluntad de los sujetos en la fijación de las condiciones del contrato de trabajo.

Esta histórica restricción se fundamenta en la naturaleza tuitiva del derecho laboral, regulador de relaciones jurídicas entre dos sujetos en desequilibrio, caracterizada por la posición dominante del empleador quien puede influenciar la imposición de acuerdos lesivos de los derechos del trabajador.

No obstante lo anterior, el legislador dispuso un margen de actuación para que los particulares regulen por la autonomía de su voluntad algunos aspectos concernientes a la relación laboral. Incluso, por la libre disposición de las partes contratantes pueden originar algunas obligaciones no inherentes al contrato de trabajo, a través de la celebración de pactos accesorios. Así, el art. 21 ET permite la configuración de compromisos adicionales para el trabajador a través de la realización de diversos pactos, entre los cuales se encuentran: el de permanencia, de dedicación exclusiva y de no competencia post contractual.

En ese mismo precepto que permite el juego de la autonomía de la voluntad, se prohíbe por mandato legal la competencia desleal del trabajador, que, junto con el pacto de no competencia post-contractual, componen la red de prohibiciones de competencia en el contrato de trabajo.

Así, la abstención de competencia desleal del trabajador tiene un origen legal, sin que requiera del concierto de voluntades para su exigibilidad, y la obligación de no competencia post-contractual tiene su origen en el acuerdo de voluntades. Por ende, la fuente de las obligaciones de no competencia del trabajador se encuentran, por un lado, en la ley y, por el otro, en la capacidad volitiva de los particulares.

10. Las fuentes de las obligaciones de no competencia del trabajador

El código civil, en el art. 1089, enumera taxativamente los diversos escenarios habilitados por el legislador para crear nexos jurídicos y ser fuente de obligaciones¹⁵¹. Tomando como base dicha enumeración, las obligaciones de prohibición de competencia en el contrato de trabajo se canalizan por dos modos distintos: la obligación de no competir deslealmente emana en cuerpo de ley y la obligación de no competir una vez finalizada la relación laboral nace por vía de convención o acuerdo.

De esta forma, la voluntad humana es la partera de la obligación de no competencia postcontractual que se instituye para evitar la competencia por

¹⁵¹ A pesar de las numerosas escuelas que teorizan sobre la sistematización de las fuentes de las obligaciones para efectos de estudio se acoge la clasificación recogida en el artículo 1089 CC. Al respecto no sobra mencionar que Pothier fue quien incluyó a la ley como fuente de obligación, siendo acogida la teoría dual compuesta por las obligaciones contractuales y obligaciones legales en Francia por Planiol, en Italia por Picchioni. Por su parte Demogue considera que la fuente de las obligaciones es la voluntad individual y la ley. Para Larenz las obligaciones nacen de los negocios jurídicos, de la conducta social típica, de los hechos legalmente reglamentados y por excepción, de un acto de soberanía estatal. DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial Vol. II* 5 Ed. Ed. Civitas, Madrid, 1996. Pág. 131. ss. Por su parte, Obedeciendo al criterio de la causa de las obligaciones pueden clasificarse en inmediatas, siendo estas las que nacen directamente de la ley, y mediatas, las que derivan de un hecho humano, aunque esta sistematización es calificada como inexacta e insuficiente por Giorgi, en GIORGI, J.: *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno. Vol. III*. 2da Ed. Ed Reus. 1978. Pág. 19.

cuenta propia o ajena del antiguo trabajador. Si el trabajador ha aceptado el pacto, se infiere que lo pactado es producto de lo negociado por las partes contratantes¹⁵², ya que precisamente el hecho jurídico que lo origina consiste en el ejercicio autónomo de su libertad de determinación que se expresa en la creación de un vínculo obligatorio.

Pero la autonomía de la voluntad no solo es fuente de la obligación de no competencia postcontractual. También es el origen de la mayoría de las restantes obligaciones contenidas en el art 21 ET; es decir, de la obligación de permanencia y de dedicación exclusiva, a excepción de la obligación de no realizar competencia desleal que brota directamente de la ley.

En la prohibición de competencia desleal, el hecho jurídico que la origina es independiente de la determinación volitiva del obligado¹⁵³. Esta obligación, cuya fuente directa e inmediata se encuentra en la ley, va dirigida a impedir la competencia que durante la relación laboral realiza el trabajador a través de medios desleales, contrarios a la buena fe objetiva. De esta manera, el ordenamiento jurídico se vale de la legitimidad y la fuerza de la ley para imponer la prohibición de competencia desleal, validando a través de su formulación al sistema jurídico de economía de mercados.

En suma, la red de protección del empresario respecto a la competencia del trabajador está compuesta por una obligación *ex lege*, y una obligación *ex voluntate*. En ese último supuesto, los autores del negocio jurídico, en este caso, los sujetos de la relación laboral, trabajador y empresario, podrán determinar el contenido de la relación jurídica¹⁵⁴, aunque en observancia con los requisitos legales.

¹⁵² Sentencia núm. 377/2011 de 16 septiembre, Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), AC 2011\217.

¹⁵³ RUBIO LINARES, E.: “*La ley como fuente de obligaciones en el Código Civil Español*” en SANCHEZ DE LA TORRE, A.: “Modalidades de responsabilidad jurídica: deber y obligación. Ed. Dykinson, Madrid, 2008. Pág. 177.

¹⁵⁴ DIEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: “*Sistema de derecho civil. Vol I*” 12ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2012. Pág. 359

La noción de ley aplicable al art. 1089 C.C. puede interpretarse desde un concepto amplísimo¹⁵⁵; sin embargo, en la abstención legal de competencia desleal existe una norma precisa y concreta que la consagra. El contenido de la prohibición se encuentra en la expresa determinación legislativa de los arts. 21 ET y art. 5.d ET.

No es un asunto baladí la distinción entre la naturaleza legal y la naturaleza contractual, ya que en atención a esto va a existir un diferente régimen jurídico aplicable. Es menester traer a colación a Díez-Picazo, quien aduce sobre la sistematización de las fuentes de las obligaciones, que la ley es, en rigor, la fuente de las obligaciones originadas en virtud de los contratos, puesto que “la producción del efecto jurídico obligatorio solo es posible merced al reconocimiento y a la tutela que la ley concede al contrato”¹⁵⁶. En consecuencia, la ley crea efectos jurídicos de manera directa o de manera indirecta, por medio de los contratos y demás negocios jurídicos.

Aunque esta simplificación de las fuentes de las obligaciones sea ampliamente acogida doctrinalmente, se entiende que la designación de la ley como fuente de obligaciones alude a aquellas que no proceden de las otras fuentes enumeradas¹⁵⁷ en el art. 1089 C.C.

El análisis comparativo derivado de la diferente naturaleza del hecho jurídico que origina la prohibición de competencia desleal y la prohibición de no competencia postcontractual arroja numerosas y esenciales diferencias, reseñadas a continuación.

¹⁵⁵ LASARTE ALVAREZ, C.: “Principios de derecho civil. Tomo II. Derecho de obligaciones”. 15 Ed, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011. Pág.

¹⁵⁶ Díez-PICAZO, L.: “*Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. II*” Ob. Cit. Pág. 138.

¹⁵⁷ GIORGI, J.: “*Teoría de las obligaciones en el derecho moderno. Vol. III*”. Ob. Cit. Pág. 20. Se puede extrapolar el raciocinio realizado por el legislador italiano, que en palabras del autor considera que todas son designadas como obligaciones nacidas de la ley aquellas que no proceden de ninguna de las otras cuatro fuentes enumeradas en la legislación italiana.

11. Diferencias derivadas de la naturaleza legal de la prohibición de competencia desleal y de la naturaleza contractual de la prohibición de competencia postcontractual

El reconocimiento de la ley y la autonomía de la voluntad como fuentes de las obligaciones de no competencia del trabajador permite percibir una inmediata y notoria diferencia relacionada con la voluntariedad del hecho designado como fuente de obligación; de esta manera, la obligación de no competencia postcontractual nace de un hecho voluntario, como lo es el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Por su parte, la obligación de abstención de competencia desleal nace de un hecho involuntario¹⁵⁸, en cuanto a que no interviene su voluntad para crear la obligación de no competencia desleal sino que viene impuesto por la ley, con la salvedad de que el presupuesto básico de este deber de no concurrencia requiere de la celebración del contrato de trabajo, que es de naturaleza voluntaria.

Así pues, la diferencia nuclear de la prohibición legal de competencia desleal y el pacto de no competencia postcontractual radica en el ejercicio de la libre voluntad, que debe entrar en acción para que nazca a la vida jurídica la obligación de no competencia postcontractual, pero que no tiene cabida en absoluto para la prohibición de competencia desleal, ya que ésta no requiere de la intervención de las partes pues es configurada por el legislador. En definitiva, la obligación de no competencia postcontractual necesita del acto humano de la voluntad y la obligación de no competencia desleal existe independientemente de la intervención de la voluntad del sujeto; su existencia es ajena a la voluntad.

Dado el origen de la obligación de no competencia post-contractual, que obedece a la determinación libre de la voluntad de los particulares, deben

¹⁵⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. "Código Civil comentado y con jurisprudencia" 1ª Ed. Editorial La Ley. Madrid. 1996. Pág. 25 ss. la ley no genera obligaciones, si no que se atribuye a hechos voluntarios o involuntarios, el efecto de ser fuente de obligación

darse los elementos de consentimiento, objeto y causa¹⁵⁹, a los cuales no está sujeta la obligación de abstención de competencia desleal. Así, para que el sistema jurídico otorgue protección y respaldo a la obligación de no competencia postcontractual acordada por los sujetos, el objeto de la obligación debe ser una prestación posible, lícita y determinada que hayan fijado las partes, cuyos requisitos son los establecidos en el objeto del contrato (art. 1271 a 1276)¹⁶⁰.

Por su parte, la obligación de no competir deslealmente es, en sí misma, un deber legal, unilateralmente impuesto, sin el carácter bilateral que involucra la aceptación de la contraparte, que vincula para no hacer algo sin contraprestación o compensación económica por cumplir el mandato¹⁶¹. Por tanto, la prohibición de competencia desleal es un deber inmanente a la relación laboral, cuya exigibilidad no requiere de retribución o compensación económica, a diferencia de la obligación de no competencia post-contractual, que carece de carácter inherente y en donde la contraprestación económica se presenta como elemento necesario para la validez del pacto.

El derecho mercantil de la competencia, y la prohibición de competencia desleal en el ámbito laboral, se desenvuelven en el ámbito de la naturaleza extracontractual, a diferencia del pacto de no competencia post-contractual. En este, la obligación es de naturaleza contractual, se configura por la libre disposición de las partes contratantes¹⁶².

Se visualiza otro matiz diferenciador en la extensión del ámbito obligacional. La obligación legal de competencia desleal tiene un ámbito de aplicación más amplio, cobija a todos los particulares, con la característica de

¹⁵⁹ RUBIO LINARES, E.: *“La ley como fuente de obligaciones en el Código Civil Español”* Ob. Cit. Pág. 177.

¹⁶⁰ DIEZ-PICAZO, L.: *“Sistema de derecho civil. vol II”* 9ª Ed. Ed. Tecnos. Madrid. 2005. Pág. 134.

¹⁶¹ RUBIO LINARES, E.: *“La ley como fuente de obligaciones en el Código Civil Español”* Ob. Cit. Pág. 177.

¹⁶² NOGUEIRA GUASTAVINO. *“El pacto de no competencia postcontractual”* Ob. Cit. Pág. 46.

que estos deben tener una relación laboral, dado que la prohibición está ligada al contrato de trabajo; es decir, obliga a todos los trabajadores. Por su parte, la obligación contractual de no competencia post-contractual solo cobija a los trabajadores que acuerden con su empresario no competir después de la finalización de su relación laboral, vinculando exclusivamente al cumplimiento de las obligaciones a las partes intervinientes. De este modo, una obligación es genérica y con carácter permanente, y la otra individual con carácter temporal¹⁶³.

En suma, la prohibición legal de competencia desleal es un deber cuya naturaleza impide que sea renunciable o modificable por el arbitrio de la voluntad, ni puede ser objeto de presunción, en observancia con lo dispuesto por el art. 1090 C.C., toda vez que deben estar expresamente determinadas por el código civil o la ley especial¹⁶⁴.

En todo caso, las obligaciones de no competencia desleal y de no competencia postcontractual tienen las notas de obligatoriedad y exigibilidad, características de todas las obligaciones jurídicas¹⁶⁵.

12. La caracterización de las obligaciones de no competencia en el contrato de trabajo como obligaciones negativas

De la amalgama de posibilidades de actuación que puedan asumir las obligaciones compuestas por dar, hacer o no hacer, el art. 21 ET limita la conducta al no hacer, específicamente, al no competir deslealmente durante la relación laboral y, si se pacta, a no competir después de extinguida la relación laboral. Entonces, son prestaciones negativas, que implican la obligación de

¹⁶³ GOMA SALCEDO, J.E.: *"Instituciones de derecho civil común y foral. Tomo II. 2º Ed. Bosch. Barcelona. 2010. Pág. 997.*

¹⁶⁴ VALPUESTA FERNANDEZ, M.R., et al.: *"Derecho civil. De las obligaciones y contratos". 3ª Ed. Ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. Pág.*

¹⁶⁵ RUBIO LINARES, E.: *"La ley como fuente de obligaciones en el Código Civil Español"* Ob. Cit. Pág. 177. Reseña las características de las obligaciones jurídicas.

realizar un comportamiento negativo, una conducta de abstención, omisión o inhibición.

A su vez, las obligaciones negativas pueden manifestarse en dos facetas: puede ser una obligación *in non faciendo* u obligación de abstención que implica una pura y simple actividad, y también una obligación *in patiendo* u obligación de tolerancia hacia la actividad económica del empresario¹⁶⁶. Atendiendo a estas modalidades, la abstención de competencia desleal y de no competencia postcontractual adquieren forma de obligaciones negativas *in non faciendo*, dado que consisten en no llevar a cabo una conducta prohibida, el comportamiento se restringe a evitar toda resistencia y oposición, a diferencia de las obligaciones *ad patiendum*, en las que el deudor se ve forzado a autorizar una invasión de su esfera jurídica¹⁶⁷.

La calificación de la obligación como negativa permite asignarle determinadas características, una de ellas es su carácter personalísimo, dado que la abstención solo puede ser cumplida o infringida por el sujeto obligado, no por un tercero¹⁶⁸. Este factor incide en la dificultad de la ejecución forzosa ante el incumplimiento, limitándose generalmente al resarcimiento por daños y perjuicios¹⁶⁹. Otra característica de la obligación negativa es que no admite un fraccionamiento en el cumplimiento de la obligación, por cuanto una omisión parcial de la obligación representa la interrupción del cumplimiento y el quebrantamiento absoluto y definitivo de la obligación¹⁷⁰.

Las obligaciones negativas pueden subclasificarse, atendiendo al criterio de influencia del tiempo sobre la obligación, en obligaciones de tracto único o

¹⁶⁶ DIEZ-PICAZO, L.: “*Sistema de derecho civil. Vol. II*” Ob. Cit. Pág. 135. Sobre las obligaciones negativas.

¹⁶⁷ TASCÓN LÓPEZ, R.: “*La ejecución de la obligaciones de hacer y no hacer en el orden social de la jurisdicción*” 1 Ed, Ed. Comares, Granada, 2005. Pág. 38.

¹⁶⁸ Ídem.

¹⁶⁹ Ibídem. Pág. 39.

¹⁷⁰ EGUSQUIZA, M. A: La configuración jurídica de las obligaciones negativas. Pág. 97. En TASCÓN LÓPEZ, R.: “*La ejecución de la obligaciones de hacer y no hacer...*” Ob. cit. Pág. 39.

instantáneas, duraderas o de tracto continuado y, finalmente, en obligaciones periódicas o de tracto sucesivo¹⁷¹.

En particular, las prohibiciones de competencia en virtud del contrato de trabajo pertenecen al grupo de las obligaciones instantáneas o duraderas. La obligación negativa de no competencia postcontractual es de carácter duradero, dado que exige una permanencia en la prestación de no realizar cierta conducta, a la que se ha comprometido y que se mantiene durante un periodo de tiempo, momento a momento. Debido a esto, para su incumplimiento es suficiente con la realización de un solo acto que infrinja lo acordado, aunque cabe matizar que la duración de la obligación negativa no puede ser indefinida o excesiva, puesto que constituye una inminente limitación a la libertad¹⁷².

La abstención de competencia cobija a los actos materiales y actos jurídicos, que tengan la entidad suficiente para ser considerada competencia desleal o constituyan incumplimiento al pacto de no competencia postcontractual.

En específico, la prohibición de competencia postcontractual impone la abstención de realizar actos jurídicos que, en principio, el sujeto podría realizar libremente¹⁷³; en otras palabras, se plantea como una omisión del ejercicio de un derecho (la libertad de trabajar, el derecho a concurrir al mercado para ofrecer sus bienes y servicios) y también como una omisión de la celebración de negocios jurídicos, surgiendo una subespecie característica de la obligación negativa denominada por Díez-Picazo como la obligación de no contratar¹⁷⁴,

¹⁷¹ VERDERA SERVER, R.: “El cumplimiento forzoso de las obligaciones”. Pág. 301. En TASCÓN LÓPEZ, R.: “La ejecución de la obligaciones de hacer y no hacer...” Ob. cit. Pág. 40.

¹⁷² Díez-PICAZO, L. “Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. II” Ob. cit. Pág. 250.

¹⁷³ TASCÓN LÓPEZ, R.: “La ejecución de la obligaciones de hacer y no hacer...” Ob. Cit. Pág. 37.

¹⁷⁴ Díez-PICAZO, L.: “Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. II” Ob. cit. Pág. 250.

también aplicable a los dos supuestos de competencia prohibidos en el art. 21 ET.

La obligación negativa puede constituir una obligación autónoma o hacer parte de una prestación incorporada a una obligación más amplia¹⁷⁵. Al hilo de lo expuesto, el pacto de no concurrencia puede constituirse como una obligación negativa plasmada en un pacto autónomo o puede ser incorporada a un contrato principal.

De acuerdo a la doctrina alemana, la obligación negativa de abstención de competencia postcontractual, cuando es incorporada a una obligación general, de tipo positivo, como acontece con las obligaciones contenidas en el contrato de trabajo, se convierte en un deber de omisión combinado y accesorio de la principal de signo positivo¹⁷⁶.

Por su parte, Goma Salcedo sintetiza la diferencia fisionómica del deber legal y la obligación contractual, reseñando que se distinguen en el sujeto, en la relación jurídica, en la naturaleza de la relación y en la extinción. La primera disimilitud en cuanto al sujeto, se evidencia en que la obligación representa una situación jurídica subjetiva y el deber una situación objetiva. En la relación jurídica, porque la obligación tiene un carácter voluntario y el deber un carácter necesario. En la naturaleza de la relación, porque mientras la obligación tiene una finalidad y estructura individualista, el deber jurídico tiene un rango social, que se deriva de un orden social preestablecido. Finalmente, desde el punto de vista de su extinción, porque mientras la obligación se extingue cuando se cumple la prestación, el deber no se extingue con el cumplimiento, sino con la desaparición del deber¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Ibídem. Pág. 249.

¹⁷⁶ Ibídem. Pág. 250.

¹⁷⁷ GOMA SALCEDO, J.E.: *"Instituciones de derecho civil común..."* Ob. Cit. Pág. 997.

Como corolario, es importante aclarar que no puede constituirse una obligación negativa sobre una abstención que ya venga impuesta previamente como una obligación legal¹⁷⁸, como acontece en la prohibición de competencia desleal.

13. Principios rectores en materia contractual: El principio de la autonomía de la voluntad, autonomía privada y libertad contractual

El principio de autonomía privada, autonomía de la voluntad y libertad contractual es la columna vertebral sobre la que se articula todo el sistema contractual español. La autonomía de la voluntad fue una premisa propulsada por el liberalismo económico y atenuada por la intervención estatal del Estado Social de derecho, que logró imponerse como fuente reguladora de las relaciones jurídicas entre los particulares. Aún en nuestros días, constituye una idea central en el derecho privado aunque con acusadas limitaciones.

El principio de autonomía privada, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual suelen ser usados indistintamente, pero constituyen conceptos diferentes. La libertad contractual es definida como “la expresión en el ámbito negocial del marco de libertad o autodeterminación que supone más ampliamente el principio de autonomía de la voluntad en que cada uno ha decidió libremente asumir una obligación”¹⁷⁹.

Por otro lado, la autonomía de la voluntad es el “poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear

¹⁷⁸ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. II* Ob. Cit. Pág. 249. conceptúa que “no puede ser objeto de una obligación negativa una omisión a la que el prominente viniera ya obligado por otra causa, como lo es el cumplimiento de un deber legal”

¹⁷⁹ BALLESTEROS GARRIDO, J.A: *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Ed. Bosch, Barcelona, 1999. Pág. 19 ss.

reglas de conducta para sí y en relación con los demás”¹⁸⁰. Además de esa función constitutiva y creadora de relaciones obligatorias, la autonomía de la voluntad tiene una función reguladora, que habilita a las partes a fijar el contenido de la relación jurídica¹⁸¹.

La autonomía privada, por su parte, es un concepto de mayor amplitud que los anteriores, aplicable a “toda la actividad humana y sus manifestaciones en el patrimonio”¹⁸². De este modo, la esfera conceptual más amplia es la representada por el principio de autonomía privada, que engloba en un círculo de menor extensión al principio de autonomía de la voluntad, que a su vez, contiene a la esfera más reducida comprendida por el principio de libertad contractual. Debido a la relación entre estos conceptos de género y especie, suelen ser usados sinonimamente¹⁸³. De este modo, la definición de la autonomía privada ofrecida por Díez-Picazo como el “poder de gobierno de la propia esfera jurídica” o “poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas de las que es parte”¹⁸⁴, tiene mucha similitud con el concepto de autonomía de la voluntad. Una noción similar emplea Goma Salcedo para definir la autonomía privada, tomando como referencia a Flume, quien considera que esta es una parte del principio general de autodeterminación de las personas, que consiste en la “autoconfiguración de las relaciones jurídicas por los particulares conforme a su voluntad”¹⁸⁵.

¹⁸⁰ DE CASTRO, *El negocio*, ob. cit., Pág. 12 en REVERTE NAVARRO, A.: “*Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*” Tomo XVII, vol 1. Artículos 1254 a 1269 del C.C. Madrid. 1993. Pág. 9 ss.

¹⁸¹ GARCIA MURCIA, J.: “El sistema de fuentes de la relación laboral” Ed. Universidad de Oviedo. Oviedo. 2007. Pág. 204. Sobre la función constitutiva y reguladora de la autonomía de la voluntad en materia contractual.

¹⁸² VASQUES DE CASTRO E.: “*Determinación del contenido del contrato: Presupuestos y límites de la libertad contractual*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2002. Pág. 17.

¹⁸³ Ídem. Pág. 18.

¹⁸⁴ Díez-PICAZO, L., GULLÓN, A.: “*Sistema de derecho civil. Vol I*” Ob. Cit. Pág. 367.

¹⁸⁵ FLUME, WERER “El negocio Jurídico”. 4 Ed. Berlin Heidelberg, Nueva York, 1992, Fundación Cultural del Notariado, 1998, Pág. 23 en GOMA SALCEDO, J.E.: “*Instituciones de derecho civil común...*” Ob. cit. Pág. 1220.

En suma, el uso indiferenciado de la autonomía privada y la autonomía de la voluntad no se vislumbra en la doctrina como conflictivo ni relevante, aunque, en mi opinión, es el principio de autonomía de la voluntad la noción de preferencia para explicar la fuente de las obligaciones de los pactos del art. 21 ET.

En definitiva, el principio de la libertad contractual es una expresión del principio de autonomía de la voluntad. La teoría de la autonomía de la voluntad es, en sí misma, la explicación del contrato¹⁸⁶. Significa entonces que el contrato es, a su vez, la vía jurídica por excelencia, más no la única vía, para materializar la potestad conferida a los partes de constituir obligaciones y crear una ley particular que regule sus relaciones jurídicas.

El panorama de los principios rectores de las relaciones jurídicas de los particulares se complementa con el principio “*pacta sunt servanda*”, íntimamente ligado a la autonomía de la voluntad contractual, que refleja el “respeto estatal a la libertad de autodeterminación de los particulares y de la fuerza vinculante de la obligación contraída libremente que confiere fuerza de ley al contenido del pacto”¹⁸⁷.

La consagración normativa de estos principios se plasma en numerosos preceptos de índole civil, principalmente. El eje del panorama normativo contractual se encuentra en el art.1.255 C.C., que proclama la autonomía privada de los particulares y la libertad de pactos. En el mismo texto legal, el principio del “*pacta sunt servanda*” se refleja en el art. 1089 C.C., que enumera a los contratos como fuente de obligaciones, en el art. 1091 C.C., que reseña la fuerza de ley de las obligaciones nacidas del contrato que deben cumplirse al tenor de los mismos, y en el art. 1278 C.C. que consagra la obligatoriedad de los contratos siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez.

¹⁸⁶ Ibídem. Pág. 34.

¹⁸⁷ BALLESTEROS GARRIDO, J.A: “*Las condiciones generales de los...*” Ob. Cit. Pág. 21.

No obstante, el rol protagonista que ha desempeñado la autonomía de la voluntad como fuente de obligaciones, históricamente ha soportado diversas limitaciones, de mayor o menor amplitud. Actualmente, el ordenamiento jurídico limita la capacidad de crear obligaciones y de autonormarse con fundamento en la protección del interés general.

En este orden de ideas, el legislador fija un límite al señorío de la voluntad y al contenido de las obligaciones en el respeto a las normas imperativas, la moral y el orden público, declarando la nulidad de los contratos que atenten contra la moral, contemplada en el art. 1275 C.C., y la anulación de las obligaciones contrarias a las buenas costumbres y prohibidas por la ley, estipulada en el art. 1116 C.C.

14. Límites generales a la autonomía de la voluntad

En el marco de las observaciones anteriores, se ha establecido que la autonomía de la voluntad es la pieza angular en la celebración del pacto de no competencia postcontractual. Es evidente, entonces, que el primer marco general al que debe ceñirse está determinado por los límites del ordenamiento civil, aunque como es lógico también debe ajustarse a lo previsto por el marco específico del ordenamiento laboral.

Los primeros límites a los principios de autonomía de la voluntad y libertad contractual que brotan del ordenamiento civil son los fijados en el art. 1255 C.C., conformados por la ley, la moral y el orden público.

En una rápida alusión a estos conceptos, el primer límite circunscrito a la ley limita el poder de constituir relaciones jurídicas y la determinación del contenido; en ambos casos, prohibiéndolo o imponiéndolo¹⁸⁸. En ese sentido, el pacto de no competencia postcontractual también se debe armonizar con lo dispuesto en el ordenamiento laboral a través del sistema de fuentes de la relación laboral.

¹⁸⁸ DIEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: *"Sistema de derecho civil. Vol. I"* Ob. Cit. Pág. 370.

De otro lado, la noción de moral como límite no se interpreta a la luz de una concepción religiosa o de la ética individual; es el criterio general de las personas honestas en su actuar, en una determinada comunidad y en un determinado momento¹⁸⁹. El orden público, por su parte, está conformado por “los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”¹⁹⁰, integrado también por los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente¹⁹¹.

El orden público legitima precisamente estas prohibiciones a la competencia del trabajador de naturaleza eminentemente capitalista, que protegen el patrimonio y la actividad empresarial amparada en la libertad de empresa. Precisamente, el ordenamiento jurídico no respalda los actos competenciales desarrollados por el trabajador de forma desleal, por atentar contra el orden público, entendido éste como la ordenación económica del mercado¹⁹², que legitima el modelo económico de economía de mercados, y la protección a la libertad de empresa, que habilita que se impongan restricciones a la libertad de contratación, entre las que se incluye el pacto de no competencia postcontractual.

Se complementan los anteriores límites con lo dispuesto en el art. 6.3 C.C., que consigna la nulidad de pleno derecho de los actos en contra de las normas imperativas y prohibitivas. Así también, con el art. 6.4 C.C. que reprueba los actos en fraude de ley; y con los art. 7.1 y 7.2 C.C. relativos a la buena fe contractual y al abuso del derecho. Todos estos artículos conforman

¹⁸⁹ DIEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: “*Sistema de derecho civil. Vol I*” Ob. Cit. Pág. 371.

¹⁹⁰ STS (Sala de lo Civil) 31 de diciembre de 1979 (RJ 1979/4499)

¹⁹¹ STS (Sala de lo civil) núm. 54/2002 de 5 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1600)

¹⁹² CUENCA ANTOLÍN, D.: “El orden público y la justicia contractual” en PRATZ ALBENTOSA, L.: “*Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*”. Vol. II. Edit. Universitat de València. Valencia. 1996. Pág. 610. El orden público económico o la ordenación del mercado por el estado, impone restricciones a la libertad de contratación.

la primera línea normativa aplicable al pacto de no competencia postcontractual.

15. El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho laboral

El origen del derecho laboral marca la excepcional relación de la autonomía de la voluntad en la regulación de las relaciones entre particulares, ya que surge como respuesta a los abusos de la sociedad industrial en la regulación de condiciones de trabajo a través del molde del arrendamiento civil de servicios, regido por el principio de autonomía de la voluntad¹⁹³. De esta manera, la génesis misma del derecho del trabajo es una reacción a la autonomía de la voluntad que demarca sus funciones e impregna los principios vertebrales de todas las relaciones laborales.

En consecuencia, las dos históricas funciones del derecho laboral consisten, por un lado, en la compensación del extremo más frágil de la relación jurídica a través de la imposición de límites a la autonomía privada y, por otro lado, en la protección del trabajador, convirtiéndolo no solo en acreedor o deudor de obligaciones contractuales, sino también en titular de derechos de carácter personal¹⁹⁴.

Acorde a estas funciones compensadoras y protectoras del derecho laboral, se consagran los espacios de mayor o menor extensión de las fuentes normativas en el derecho del trabajo, conformadas por la legislación, la autonomía colectiva y la autonomía individual. Así mismo, determina los principios imperantes en la relación laboral, compuestos por la indisponibilidad e irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, formulada en el art. 3.5 ET,

¹⁹³ GALIANA MORENO J.M.: "Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo" *RMTI* No 68. 2007. Pág. 13.

¹⁹⁴ VALDÉS DAL-RE, F.: "Transformaciones del derecho del trabajo y orden económico globalizado" *Rev. Andaluza de relaciones laborales*. No 12, 2003. Pág. 132.

la condición más beneficiosa, consagrada en el art. 3.1.c) ET, y la ineficacia absoluta de las estipulaciones contrarias a las disposiciones legales¹⁹⁵.

A pesar de que el derecho del trabajo se engendra en las entrañas del derecho privado, concretamente, en el derecho de obligaciones, en esta área del derecho se invierte la relación de la autonomía de la voluntad presente en el ordenamiento civil. La regla se convierte en excepción, de modo que, de ser un concepto nuclear, pasa a ser residual porque precisamente nace para excepcionar la regulación del específico negocio jurídico que se crea en virtud de la relación laboral, y la aplicación de algunos principios y reglas generales de la relación obligatoria común, en particular, en la contención del principio de la autonomía de la voluntad¹⁹⁶.

No obstante, la autonomía de la voluntad está limitada pero no desterrada de las relaciones laborales, ya que los contratantes tienen libertad de pactar tanto en aspectos no legislados como en otros aspectos, pero respetando los márgenes demarcados por el legislador que establece unas condiciones mínimas. La regulación legal, que tiene mayor protagonismo en el ordenamiento laboral debido a la asimetría de la relación jurídica, y la regulación por autonomía de la voluntad, no constituyen dos sistemas opuestos, sino complementarios¹⁹⁷, a pesar de la menor extensión, también se dota a los particulares de un margen de libertad para la auto normativización.

Precisamente, una expresión de la facultad conferida a las partes intervinientes en la relación laboral de decidir cómo regular sus propios intereses y construir obligaciones libremente son los pactos del art. 21 ET. Por ende, la primacía y relevancia que le otorga el sistema jurídico a la voluntad de

¹⁹⁵ VALDÉS DAL-RE.: "Las transformaciones de las fuentes en el derecho del trabajo: una aproximación" *R.L* Vol. 25, núm. 2. 2007. Pág. 14.

¹⁹⁶ SEGALÉS, J.: "*Derecho al trabajo, relación obligatoria y deuda formativa empresarial*" Ed. Comares. Granada. 2001. Pág. 114

¹⁹⁷ BAYON CHACON, G: "*La autonomía de la voluntad en el derecho del trabajo: limitaciones a la libertad contractual en el derecho histórico español*" Ed. Tecnos. Madrid. 1955. Pág. 13.

las partes en el ámbito contractual permite la configuración de las obligaciones de permanencia, plena dedicación y no competencia post-contratual.

Ahora bien, podemos afirmar que el contrato de trabajo, es un contrato normado o normativizado, establecido por ley, donde la autonomía de la voluntad de las partes proclamada en el art. 1255 C.C. está supeditada a la finalidad tuteladora de la norma laboral que interviene por la posición de desigualdad del trabajador con el otro sujeto contractual, en aras de impedir que se establezcan condiciones laborales en perjuicio del trabajador o contrarias a las disposiciones legales¹⁹⁸. De esta forma, el ordenamiento jurídico condiciona la libertad contractual imponiendo un contenido imperativo e irrenunciable, debiendo las partes someterse a un esquema impuesto legalmente¹⁹⁹.

Es importante discernir el pacto de no competencia y el contrato de trabajo como dos negocios jurídicos distintos, como lo entiende el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 738/2006 de 11 diciembre (AS 2007\921), que reseña que la relación laboral, su nacimiento, ejecución y finalización, así como las consecuencias económicas, se rigen por el contrato de trabajo que regula las obligaciones y derechos de los contratantes. Y el pacto de no competencia es otro negocio jurídico distinto con sustantividad propia, cuyos efectos se producen una vez que se ha puesto fin a la relación laboral y no antes, aun cuando dicho compromiso se pacte al inicio o durante la ejecución de la relación laboral, ya que aunque va indiscutiblemente unido a la rescisión del contrato de trabajo, y su nacimiento a la vida jurídica va íntimamente ligado con la relación laboral, es el término de la misma la que le otorga sus efectos²⁰⁰.

¹⁹⁸ VILLA GIL L.E, LOPEZ CUMBRE L.: “*Los principios del derecho del trabajo*” Centro de Estudios Financieros D.L. 2003. Pág. 28

¹⁹⁹ DIEZ-PICAZO, L.: “*Sistema de derecho civil. Tomo II*” Ob. Cit. Pág. 32.

²⁰⁰ STSJ de Extremadura, (Sala de lo Social) núm. 738/2006 de 11 diciembre (AS 2007\921)

Para Pérez de los Cobos, la reducción de la función reguladora de la autonomía de la voluntad del art. 1255 C.C. en la determinación del objeto del contrato de trabajo se constata en que prácticamente se limita a la fijación de la categoría del trabajador, a la mejora de las condiciones previstas en la normativa heterónoma y a la celebración de los pactos fijados por ley, como el periodo de prueba, y los pactos de no competencia, de plena dedicación y de permanencia del art. 21 ET²⁰¹.

Aunque el pacto de no competencia post contractual se encuentra dentro del terreno donde impera la libre disposición de las personas para contratar, esa libertad está limitada por la licitud del objeto, no pudiendo ser contrarios a la ley, la moral ni al orden público.

16. El principio de irrenunciabilidad e indisponibilidad de derechos en el pacto de no competencia postcontractual

Como se ha mencionado previamente, el principio de la autonomía de la voluntad se consagra en el ordenamiento del trabajo en el art. 3.1.c) ET; pero inmediatamente después, el mismo precepto refleja su carácter residual al condicionar su ámbito aplicativo al respeto de los contratantes a los derechos mínimos de los trabajadores fijados por la legislación y por los convenios, admitiendo que los particulares modifiquen solo en beneficio del trabajador los preceptos que integran el llamado derecho necesario relativo²⁰², y consagrando, a su vez, el principio de favorabilidad.

El carácter residual también se proyecta en el mismo artículo en el numeral 5, que impone límites a esa libertad a través de la reserva de la disponibilidad de algunas normas. Este postulado, que está directamente conectado con la imperatividad de las normas consagrada en el art. 6.3 C.C., y con la noción de inderogabilidad o irrenunciabilidad, sustrae la disposición de

²⁰¹ PEREZ DE LOS COBOS, O.: "La autonomía de la voluntad y determinación del objeto de contrato de trabajo". A.L No 21. 1992. Pág. 374.

²⁰² GALIANA MORENO. J.M.: "Autonomía colectiva y autonomía individual..." Ob. Cit. Pág. 14.

los derechos reconocidos por normas imperativas estatales o convencionales y sólo permite la alteración por acuerdo de las partes de los que posean un carácter dispositivo.

Montoya Melgar destaca que el art. 3.5 ET no usa el término irrenunciabilidad sino el de indisponibilidad, pero el precepto alude a la prohibición de las renunciaciones en sentido propio, antes o después del nacimiento de un derecho, para impedir la auto-lesión de los derechos e intereses del trabajador²⁰³.

Cabe destacar que la premisa de la renunciabilidad es otro de los principios que presenta una relación inversa en los ordenamientos civil y laboral, ya que, mientras en el derecho civil la renunciabilidad es un principio general, en el derecho del trabajo impera la irrenunciabilidad en favor del trabajador, no del empresario, porque se entiende que no necesita de tutela²⁰⁴.

En todo caso, la indisponibilidad, inderogabilidad o irrenunciabilidad impiden llevar a cabo actuaciones contrarias a las normas, siendo esta invulnerable a los actos provenientes de la autonomía de la voluntad²⁰⁵.

En suma, la inderogabilidad e imperatividad son conceptos mutuamente dependientes, puesto que de las normas inderogables surgen derechos que no pueden ser disponibles ni derogables por la voluntad de los titulares²⁰⁶.

Ahora bien, la reserva que impone el legislador laboral a los actos de disposición del trabajador sobre el contenido de la norma puede consistir en

²⁰³ MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho al trabajo*” 30ª Ed. Ed. Tecnos. Ed. 2009. Madrid. Pág. 228.

²⁰⁴ *Ibidem*. Pág. 227.

²⁰⁵ RAMOS QUINTANA, M.I.: “*La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)*” 1ª Ed. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2002. Pág. 36.

²⁰⁶ *Ídem*.

limitar, prohibir o condicionar al cumplimiento de unos requisitos, con la finalidad de asegurar unos derechos y condiciones mínimas al empleado²⁰⁷.

De este modo, la facultad para intervenir en mayor o menor medida en la fijación de la regulación de las condiciones laborales en determinados supuestos legales está determinada por el sistema de fuentes del derecho laboral, que establece normas de derecho necesario absoluto, en las que no tienen ninguna cabida la intervención de la voluntad de las partes, normas de derecho necesario relativo, que permiten espacios de intervención para favorecer al trabajador, y normas de derecho dispositivo, en las que está permitido la libre intervención de la voluntad de las partes en la modificación, eliminación o sustitución de la referencia normativa a favor o en contra del trabajador.

Al hilo de lo expuesto, la calificación de una norma como imperativa implica que dicha norma se rige exclusivamente por lo dispuesto por el legislador, siendo intocable su contenido por los particulares e imposibilitando que reduzcan los derechos reconocidos por ley o por convenio colectivo²⁰⁸. En definitiva, la norma imperativa es indisponible, siendo entonces norma de derecho necesario absoluto.

Ahora bien, en la norma dispositiva la ley abre un sitio a la autonomía de la voluntad, que admite grados de disposición, que puede crear un espacio de plena libertad, con remisión absoluta a lo que las partes pacten, o con libertad reducida, con carácter supletorio, en el que solo actúa la ley en defecto de pacto entre las partes²⁰⁹.

A tenor de lo expuesto, los derechos laborales que proceden de normas laborales no pueden ser objeto de actos de disposición, abdicación o renuncia, siendo nula aquella clausula por vulneración de una ordenación inderogable.

²⁰⁷ Ibídem. Pág. 28.

²⁰⁸ Ibídem. Pág. 34.

²⁰⁹ Ibídem. Pág. 33.

Pero los derechos de contenido patrimonial son derechos disponibles (6.2 C.C.), que no requieren ser sancionados por ley, al contrario que los derechos personalísimos²¹⁰.

En el contenido del pacto de no competencia postcontractual, hay algunos aspectos o elementos donde hay disimiles espacios de mayor y menor extensión para la intervención de la voluntad. Una expresión de las normas de derecho necesario relativo, en el mencionado pacto, es la duración o vigencia de la obligación de no competencia postcontractual, ya que el legislador permite la intervención de la voluntad para fijar la duración del mismo, pero perfila el contenido de la obligación al requisito de que no pueda exceder el tiempo máximo de duración previsto en el precepto legal.

Cabe matizar que en el mismo artículo también hay normas de derecho necesario absoluto, como lo son el requisito de demostrar el efectivo interés industrial o comercial del empresario y la obligación de compensar económicamente al trabajador; y aunque el monto de la compensación puede ser fijado por las partes, establece la ley el requisito de adecuación o proporcionalidad.

Ahora bien, al hilo de lo expuesto, solo se puede renunciar a derechos jurídicamente disponibles²¹¹; luego si el pacto de no competencia hace parte del conjunto de normas que pueden ser objeto de disposición, por consiguiente los derechos en él contenidos pueden ser objeto de renuncia. No obstante, hay que matizar que no todos los derechos son renunciables, ni toda renuncia es válida y eficaz si atentan contra el equilibrio de las prestaciones o si es lesiva para la parte más débil del contrato o no se ajusta al principio de buena fe contractual²¹².

²¹⁰ Ibídem. Pág. 36 ss.

²¹¹ Pág. 49.

²¹² GULLON BALLESTEROS, A.: "En comentarios al art. 6" en comentarios al código civil Pág. 36 en RAMOS QUINTANA, M.I.: *"La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)"*. 1ª Ed. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2002. Pág. 50.

Toda vez que no puede admitirse tajantemente la validez de la renuncia en todos los supuestos del pacto de no competencia postcontractual, cabe hacer algunas precisiones, a la luz de la jurisprudencia.

El Tribunal Supremo ha hecho constar que la renuncia es una declaración de voluntad dirigida al abandono o dejación de un beneficio, cosa, derecho, expectativa o posición jurídica²¹³, ha de ser clara, precisa, expresa o deducida de hechos de significación unívoca²¹⁴, y contraerse a derechos renunciables²¹⁵.

Respecto a la renunciabilidad de derechos por parte del empresario, en el sentido de ejercer el desistimiento unilateral, desvinculando al trabajador del deber de abstención y con la pretensión de no realizar el pago de la compensación económica a su cargo, el TS ha explicado que “el derecho que en el pacto de no competencia se reconoce a favor del empresario es un derecho renunciable estando facultado el empresario para abdicar de él, al no contrariar tal renuncia el interés o el orden público, ni perjudicarse con ella a terceros (art. 6.2 C.C.)”²¹⁶.

Sin embargo, ante la posibilidad de desistimiento del empresario que extinguió el contrato de trabajo, preavisando con tres meses, renunciando simultáneamente en la misma fecha a la cláusula de no competencia postcontractual, sin que la facultad de desistimiento haya sido pactada, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social), Sentencia de 24 septiembre 1990 (RJ 1990\7042), expresó que, aunque la doctrina científica esgrime que “la duración del pacto no debe ir más allá de la pervivencia del legítimo interés del empresario, la desaparición debe demostrarse en vía jurisdiccional, de la misma forma que también debe hacerlo el trabajador cuando durante la vigencia del pacto entiende que desapareció aquél y hay discrepancia entre las

²¹³ STS núm. 983/2001, de 30 de Octubre 2001 (RJ 2001\8139)

²¹⁴ STS (Sala de lo Civil), sentencia de 2 julio 1991 (RJ 1991/5318)

²¹⁵ STS(Sala de lo Civil) de 17 abril 1990 (RJ 1990\2721)

²¹⁶ STSJ de Asturias, (Sala de lo Social,) núm. 966/2008 de 9 mayo AS 2008\1432.

partes, correspondiendo al Juzgador determinar lo procedente y en todo caso, sus efectos nunca pueden alcanzar a aquellos derechos ya nacidos, no basta sin más la simple manifestación del empresario de la desaparición del interés que justificó el pacto, es tanto, como dejar al arbitrio de una de las partes contratantes el cumplimiento de una obligación”.

En el mismo supuesto de desistimiento unilateral del empresario, se pronuncia en idéntico sentido el Tribunal Supremo (Sala de lo Social), en Sentencia de 29 octubre 1990 (RJ 1990\7722), en la que se argumenta que el interés empresarial no es el único interés al que atiende el pacto de abstención de actividades competitivas o concurrentes, puesto que desde el mismo momento de su suscripción se genera un efecto secundario de apartamiento del trabajador del mercado de trabajo externo, siendo entonces un pacto con obligaciones bilaterales, cuyo cumplimiento, por imperativo del art. 1256 del Código Civil, no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes.

Al respecto, la STS de 21 de enero de 2004 (RJ 2004/1727) reconoce que la estipulación que concede a la empresa la facultad de desistir no es válida. En esta misma línea se expresa el Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), en Auto de 21 julio 2009 (JUR 2009\444307), al afirmar que un pacto de no competencia postcontractual se puede calificar como leonino si contiene cláusulas en las que falta la adecuada reciprocidad y deja a la libre voluntad de la empresa su cumplimiento y ejecución, sumado a que la compensación económica nunca fue abonada, fijándose un ámbito territorial superior al que se había prestado los servicios.

Sin perjuicio de lo anterior, la STS, de 30 de Noviembre de 2009 (RJ 2010, 252), conceptúa la validez de la cláusula que sanciona el incumplimiento del trabajador con la devolución de lo percibido, por ser “la proporcionada consecuencia del incumplimiento del pacto por el trabajador, establecida expresamente en el propio acuerdo”.

Ante la posibilidad de desistimiento del pacto cuando se ha fijado un plazo para tal efecto, pero sin que se haya ejercitado esta facultad en dicho

periodo, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Social), Sentencia núm. 966/2008 de 9 mayo AS 2008\1432, determinó que el pacto de no competencia desplegó todos sus efectos una vez extinguida la relación laboral entre las partes, de modo que no cabe declarar la nulidad del pacto de no competencia, siendo pues plenamente válido.

En caso de renuncia de los derechos del trabajador, la STS de 9 febrero 2009 (RJ 2009\1443) explica que no se configura una renuncia anticipada de derechos por haberse suscrito una cláusula penal que implicaba para el trabajador la devolución de una indemnización mayor que la compensación recibida en virtud del pacto de no concurrencia.

Afirma la sentencia que “los derechos protegidos por la prohibición establecida en el repetido art. 3.5 ET son los reconocidos al trabajador por disposiciones legales de derecho necesario, así como los reconocidos como indisponibles por convenio colectivo; pero no los derechos que surgen por acuerdo entre ambas partes, en cuanto no contradigan las mencionadas normas de carácter imperativo. No existe por tanto renuncia anticipada de derechos legales o convencionales indisponibles, y lo que podrá plantearse en determinados supuestos es la proporcionalidad de la indemnización prevista, sobre la base de que la cláusula pueda resultar abusiva y contraria al principio de la buena fe (art. 7.2 C.C.), lo que permite, en su caso, la nulidad parcial de la cláusula”.

En esa misma línea se expresa el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 noviembre 2011 (RJ 2012\1233), en la que se razona que la cláusula contractual que autoriza a rescindir unilateralmente el pacto de no competencia va en contravía de lo dispuesto en el art. 1256 CC, por lo que debe ser declarada nula por ser contraria a las normas prohibitivas, de acuerdo de lo dispuesto en el art. 6.3 C.C.

Sobre el particular, pero referido a la posibilidad del empresario de extinguir unilateralmente el pacto de no competencia postcontractual al término del periodo de prueba, la STS de 6 de febrero de 2009 (RJ 2009, 621) (Rec.

665/2008), unificó la doctrina, estableciendo que la terminación de la relación laboral en el periodo de prueba no impide el nacimiento de la obligación de no competencia postcontractual, siendo plenamente exigible el cumplimiento del pacto, ya que la condición resolutoria, presente en el período de prueba, no implica que durante el período de prueba el empresario pueda unilateralmente extinguir al pacto. En conclusión, "el periodo de prueba no afecta a la eficacia jurídica de los pactos establecidos para surtir efectos después de extinguido el contrato de trabajo, como ocurre con el pacto de no competencia postcontractual"²¹⁷.

Por otro lado, el STSJ de la Comunidad Valenciana, (Sala de lo Social Sentencia núm. 2942/2004, de 8 octubre (AS 2004\3689), declaró que constituye una renuncia anticipada de derechos del trabajador la cláusula sobre la no concurrencia postcontractual suscrita entre las partes, por su carácter abusivo al romper de manera clara el necesario equilibrio de contraprestaciones que todo contrato sinalagmático requiere, al fijar la duración de la obligación en 2 años, en un contrato de trabajo a tiempo determinado de

²¹⁷ STS (Sala de lo Social) de 14 mayo 2009 (RJ 2009\3001) Sintetiza la doctrina del tribunal supremo al respecto, puntualizando que: "1.- El período de prueba es una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el periodo de prueba este todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión este motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 C.E o vulnere cualquier otro derecho fundamental," 2.- De otra parte, como ha afirmado esta Sala en STS de 5 de abril de 2004 (RJ 2004, 3437) , Rec. 2468/03), reiterando la doctrina establecida: "el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, en cuanto supone una restricción de la libertad en el trabajo consagrado en el art. 35 C. E y del que es reflejo el art. 4-1 E.T , recogido en el art. 21-2 E.T, y en el art. 8-3 del Decreto regulador de esta relación especial, preceptos similares, requieren para su validez y licitud aparte de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos, por un lado, que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario, por otro que se establezca una compensación económica; existe por tanto un doble interés: para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo; estamos, pues, ante obligaciones bilaterales, recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del art. 1256 del C. Civil no puede quedar al arbitrio de sólo una de las partes..." 3.- Aparte de esta constatación se llega a la conclusión de que la doctrina correcta se contiene en la sentencia recurrida y no en la de contraste, porque la condición resolutoria, implícita en el período de prueba, hace referencia únicamente a la posibilidad de resolverlo mientras transcurre dicho período por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, pero no afecta a la eficacia jurídica de los pactos establecidos para surtir efectos después de extinguido el contrato como ocurre con el pacto de no competencia postcontractual"

3 meses, siendo contraria a la legalidad y por lo tanto nula. Por ende, se deduce que la aceptación del pacto por parte del empleado supone una renuncia anticipada de derechos, proscrita por el art. 3.5 del ET y abusiva por parte de la empresa, en los términos contemplados por el art. 7.2 del Código Civil, de todo lo cual resulta que el contrato está afecto de nulidad parcial, siendo válido en el resto de lo pactado (art. 9.1 del ET).

No obstante y con posterioridad, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), en Sentencia de 9 febrero 2009 (RJ 2009/1443), valoró que no existe ninguna renuncia anticipada de derechos indisponibles por haberse suscrito una cláusula penal que implicaba para el trabajador la devolución de una indemnización mayor que la compensación recibida en virtud del pacto de no concurrencia. Así mismo, interpretó que el art. 3.5 ET prohíbe la renuncia de derechos reconocidos al trabajador por disposiciones legales de derecho necesario o reconocidos como indisponibles por convenio colectivo, sin que se incluya dentro de esta categoría de derechos los nacidos por la voluntad de ambas partes, en cuanto no infrinjan normas de carácter imperativo. En todo caso, lo que puede plantearse en los supuestos de que la compensación sea considerada excesiva por una de las partes es la proporcionalidad de la indemnización para determinar si la cláusula resulta abusiva y contraria al principio de la buena fe (art. 7.2 del Código Civil), lo que conllevaría a la nulidad parcial de la cláusula.

La STS de 20 abril 2010 (RJ 2010/4669) hace constar que la indemnización desproporcionada en caso de incumplimiento del trabajador rompe la obligada bilateralidad del contrato, pues se impondrían al trabajador unas consecuencias exageradas y asimétricas, ya que, en el caso de estudio, su incumplimiento acarrearía la devolución no solo de lo percibido en concepto de plus de no competencia durante la vigencia del contrato, sino también de otra cantidad dineraria, que no tiene justificación ante la ausencia de acreditación del daño ocasionado. Además de lo anterior, la compensación económica abonada por la empresa al trabajador conllevó a que durante ese periodo el trabajador no llevara a cabo actividades que infringieran el pacto de no concurrencia, siendo entonces inequitativo que tuviese que devolver todas

las sumas percibidas por compensación adicionadas a otra cantidad dineraria por el incumplimiento.

Ahora bien, la renuncia se diferencia de la transacción en que en la primera es unilateral y no exige una contraprestación, mientras que en la segunda los suscribientes intercambian un derecho litigioso por un beneficio concreto y cierto²¹⁸. El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Social), Sentencia núm. 738/2006 de 11 diciembre (AS 2007\921), expone, en un supuesto de transacción por despido improcedente y la posibilidad de que esta abarque al pacto de no competencia postcontractual, que el contrato de trabajo y el pacto de no competencia postcontractual son dos negocios jurídicos diferenciados y separados, sin que sea incompatible el acuerdo conciliatorio alcanzado y la cantidad reclamada por el trabajador por la cláusula de no competencia, en tanto que en el primero se pone término a la relación laboral por despido improcedente y se liquida la misma; y el pacto surge una vez extinguido el contrato de trabajo. Valida los anteriores argumentos el Tribunal Supremo, en sentencias de 28 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 8278) y de 5 de febrero de 1990 (RJ 1990, 821), que reseñan que «no se puede esgrimir con verdadero rigor jurídico que la liquidación de una relación laboral entre las partes prive de eficacia a un pacto propio del contrato de trabajo que, precisamente, ha de cobrar toda su virtualidad a partir de la extinción de aquél. Sostener lo contrario sería vaciar de contenido a ese pacto, cuya legalidad aparece consagrada en la propia norma estatutaria laboral».

El efecto jurídico de la renuncia de un derecho indisponible es la nulidad de pleno derecho, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 3.5 ET y en el art. 6.2 C.C., que regula la renuncia de derechos y condiciona su eficacia a que no contraríen el interés o el orden público, ni perjudiquen a terceros. La misma consecuencia jurídica se deriva de la disposición de normas de derecho necesario absoluto; no existiendo posibilidad de subsanación, el acto no se tendrá por realizado y carecerá de efecto jurídico²¹⁹.

²¹⁸ MONTOYA MELGAR, A.: *“Derecho al trabajo”* 30ª Ed. Ob. Cit. Pág. 228.

²¹⁹ RAMOS QUINTANA, M.I.: *“La garantía de los derechos de los trabajadores”* Ob. Cit. Pág. 93.

Es pertinente aclarar que en la renuncia de derechos no puede hablarse de anulabilidad contractual, porque esta se produce cuando se carece de capacidad jurídica para contratar, o se dan vicios del consentimiento, mientras que las causas de nulidad son la vulneración de normas prohibitivas, ilicitud del objeto y la causa del contrato²²⁰.

En conclusión, la jurisprudencia entiende que el pacto de no competencia postcontractual es un negocio bilateral o sinalagmático que obliga a las partes contratantes en tanto ambas no lo dejen sin efecto, renunciando a exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas, o cuando se extinga por alguno de los modos de terminar las obligaciones (artículo 1156 del Código Civil)²²¹.

La doctrina judicial sentada por el Tribunal Supremo, en las STS 21 de Enero de 2004 (RJ 1707/2003) y 5 de abril de 2004 (RJ 2468/2003), estableció que la naturaleza bilateral del pacto que crea obligaciones a las dos partes intervinientes imposibilita la modificación o rescisión unilateral del pacto, siendo nula la cláusula que establezca la facultad resolutoria a favor de una de las partes. En consecuencia, la eficacia del pacto no puede depender de una de las partes, puesto que afecta las expectativas de derecho generadas tanto en el trabajador como en el empresario, que se verían frustradas por la voluntad exclusiva de una de las partes²²².

²²⁰ Ibídem. Pág. 94.

²²¹ STSJ de Extremadura, (Sala de lo Social) núm. 738/2006 de 11 diciembre (AS 2007\921)

²²² STS de 14 mayo 2009 (RJ 2009\3001), STS de 9 febrero 2009 (RJ 2009\1443), conceptúa que el pacto de no competencia postcontractual genera expectativas indemnizatorias en el trabajador, derivaba de la compensación económica por la renuncia a concurrir con la actividad de su antigua empresa y por el perjuicio que pueda generarse al trabajador por tener que dedicarse a otra actividad para la cual puede no estar preparado, una vez extinguido el contrato y durante el tiempo pactado; así como expectativas para el empresario consistente en evitar el perjuicio que posiblemente se origine por la utilización del trabajador de los conocimientos adquiridos en la empresa en una actividad que entra en competencia con la de su empresa y que autoriza al empresario a reclamar la devolución de lo percibido o a no abonar lo pactado, cuando haya incumplimiento del trabajador en la prohibición de competencia.

Teniendo en cuenta lo expuesto, hay elementos del pacto de no competencia que admiten ser objeto de renuncia; pero ese pacto no puede dejarse al arbitrio unilateral, debiendo respetarse siempre los límites impuestos legalmente en los arts. 6.2 C.C. y 3.5 ET. Respecto a la renuncia de los trabajadores, no es válida la renuncia a la compensación, ni la fijación de la misma por un valor que no sea adecuado o proporcionado al sacrificio del trabajador, que ve limitada su libertad al trabajo, ya que la percepción de una indemnización para compensar es una norma de derecho necesario. Tampoco puede considerarse válida la duración excesiva de la obligación, aun cuando no supere los máximos previstos por ley en supuestos como duración de un contrato a término fijo de 3 meses con obligación de no competir postcontractualmente por 2 años. No obstante, en esos supuestos no se considera una renuncia anticipada de derechos.

Cuando la obligación de no competencia postcontractual sancionada con nulidad está contenida dentro del contrato de trabajo, la nulidad no se extiende a las demás estipulaciones del contrato; es parcial, ya que jurisprudencialmente se ha aceptado la compatibilidad de un contrato que contenga cláusulas válidas y cláusulas nulas²²³.

De otro lado, la prohibición de competencia desleal es una norma imperativa, de derecho necesario absoluto, en la cual el empresario puede no ejercer su derecho a sancionar al empleado por la infracción al deber de buena fe objetiva; pero esto no constituiría una renuncia de derechos. La renuncia y el no ejercicio se diferencian en que, mientras este no agota el derecho, aquella lo extingue y requiere que se lleve a cabo un negocio jurídico de dejación de derechos²²⁴.

²²³ STS (Sala de lo Civil) 22 de Abril de 1988 (RJ 1998/3275) “la nulidad del pacto donde se contravienen normas de carácter imperativo e inexcusable observancia no determina las de las demás estipulaciones válidas”

²²⁴ RAMOS QUINTANA, M.I: “La garantía de los derechos de los trabajadores...” Ob. Cit. Pág. 49.

En mi opinión, en la prohibición de competencia desleal en el ordenamiento laboral no hay derecho patrimonial que pueda ser objeto de renuncia; existe un derecho a favor del empresario y una obligación en cabeza del trabajador sancionable con despido, pero no un derecho patrimonial. No obstante, cabe matizar que la infracción del trabajador puede generar una indemnización por daños y perjuicios, configurándose entonces un derecho patrimonial sobre el que se podría renuncia, transigir y conciliar.

En todo caso, el empleador puede renunciar al derecho de que no se le haga competencia desleal, que consistiría, principal pero no exclusivamente, en no sancionar disciplinariamente al empleado; pero dicha renuncia debe enmarcarse dentro de lo dispuesto por el art. 6.2 C.C. para su validez; es decir, que no sea contraria al orden público o perjudique a terceros.

El no ejercicio del derecho del empresario de sancionar la competencia desleal es tomado por la doctrina como tolerancia empresarial hacia la infracción del trabajador. La Jurisprudencia ha manifestado al respecto que “una situación conocida y aceptada por las dos partes de la relación laboral, que supone un régimen de tolerancia por parte de la empleadora, constitutiva de un uso de empresa que va más allá de lo puramente interpretativo, insertándose en el sinalagma de la relación laboral, situación que ésta no puede dejar de aplicar sorpresivamente - sin efectuar la previa advertencia sobre el particular a fin de dejar sin efecto tal autolimitación - ya que ello equivale a un ejercicio abusivo de sus facultades disciplinarias y un atentado al deber de buena fe que se deben ambas partes”²²⁵.

En esa misma línea se expresa el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sentencia núm. 2490/2010 de 21 septiembre (AS 2011/457), al manifestar que “la Empresa tuvo conocimiento de dicha circunstancia, sin que conste documental o verbalmente una oposición a tal situación, ésta no puede ser constitutiva ahora y sin advertencia previa de cambio de ninguna

²²⁵ STS de 20 de febrero de 1991, STSJ de Madrid, Sentencia núm. 1091/2005 de 20 diciembre (JUR 2006\69176)

trasgresión de la buena fe contractual siendo improcedente la decisión extintiva empresarial por existir tolerancia empresarial”²²⁶.

La ausencia del ejercicio del derecho del empresario deriva en la prescripción de la falta en aplicación del art. 60.2 ET y en la observancia del principio de seguridad jurídica que emana del mismo y se acomoda al artículo 9.3 de la Constitución Española, de sancionar los incumplimientos de los trabajadores, en un plazo máximo que, a la vez que garantiza la seguridad jurídica, permite convalidar bajo una suerte de presunción de tolerancia empresarial tales conductas²²⁷.

No puede desconocerse que la legítima facultad de sancionar incumplimientos de los trabajadores debe enmarcarse dentro de unos parámetros de razonabilidad y prudencia, de suerte que la sanción responda efectivamente a las conductas reprochables desde el punto de vista contractual de los trabajadores a su servicio, lo que, además de a un juicio de proporcionalidad, debe responder a una proximidad en el tiempo, por lo que han de reputarse como actos de tolerancia empresarial la dejación de sus facultades, dejando transcurrir el tiempo sin sancionar conductas que puedan reputarse incumplimientos, leves o graves; y a tal objeto, con el fin de lograr una cierta seguridad jurídica en el normal funcionamiento de la relación laboral, funciona el instituto de la prescripción de las faltas²²⁸.

De esta forma, la infracción por competencia desleal, que ha sido conocida por el empresario previamente sin que ejerza el poder disciplinario y de dirección durante un periodo de tiempo, conduce a deducir que aceptó y autorizó la concurrencia desleal del trabajador y, por consiguiente, no puede imponer la sanción del despido cobijándose en esta causa.

²²⁶ STSJ de Baleares de 1 de Abril de 1992 (AS 1992, 1786), STSJ Galicia de 15 Septiembre de 1994 (AS 1994/3411), STSJ de Cataluña de 16 de Junio de 1995 (AS 1995, 2400)

²²⁷ STSJ de Cataluña, núm. 3062/2007 de 26 abril (JUR 2007\280749)

²²⁸ STSJ de Cataluña, núm. 3062/2007 de 26 abril JUR 2007\280749.

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que, de acuerdo a la teoría de la tolerancia empresarial acuñada jurisprudencialmente, los despidos por competencia desleal, que se efectúan cuando ha transcurrido un tiempo considerable desde que se tuvo conocimiento de la consumación de la infracción, se realizan en fraude de ley, de acuerdo a lo dispuesto en el art 6.4 CC. A la luz de este artículo, puede considerarse como fraude de ley los actos en los que al amparo de una norma se encubre o pretende encubrir una causa distinta, debiendo existir los siguientes dos requisitos: que el acto sea contrario al fin práctico que la norma defraudada persigue y supongan su violación efectiva, y que la norma en la que el acto pretende apoyarse no vaya dirigida expresa y directamente a protegerlo, por no constituir el supuesto normal, bien por ser un medio de vulneración de otras normas, bien por tender a perjudicar a otros²²⁹.

A pesar de los pronunciamientos judiciales acerca de la tolerancia empresarial por la infracción por competencia desleal del trabajador, de Val Tena entiende que no puede considerarse la no autorización o la ausencia de consentimiento como un requisito o condición para que se configure la competencia desleal, en oposición a la posición defendida por un sector doctrinal²³⁰, puesto que no cabe pacto en contrario para remover el carácter de desleal a las actividades que realice en ese sentido el trabajador, sumado a que el consentimiento expreso o la tolerancia empresarial no impiden que otros sujetos ejerciten las acciones que procedan contra quienes incurren en competencia desleal²³¹.

Ahora bien, la declaración judicial que sanciona el fraude de ley despoja de la protección jurídica a la norma invocada y aplica la norma defraudada y,

²²⁹ GIL MORENO, O.: “*Código Civil y jurisprudencia concordada*.” 4ª Ed. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2006. Pág. 101.

²³⁰ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “*Prohibición de competencia desleal...*” Ob. Cit. págs. 277-285; Explica en su teoría de la competencia relevante que ésta debe ser realizada por el trabajador sin consentimiento o autorización del empleador.

²³¹ DE VAL TENA, A.L.: “El incumplimiento del deber de no concurrencia...” Ob. Cit. En el mismo sentido, ALCAZAR ORTIZ, S., DE VAL TENA, A.L.: “Los pactos de dedicación exclusiva...” Ob. Cit. Pág. 136.

aunque no impone como sanción la nulidad de pleno derecho, ésta puede darse como consecuencia involuntaria de la sanción al fraude de ley, consistente en la entrada en vigencia de la norma defraudada²³².

El despido tardío o negligente del trabajador desleal también infringe los arts. 7.1 y 2 C.C. relativos al deber de buena fe y el abuso del derecho. La primera de estas reglas generales, la buena fe, es la exigencia de la corrección en la conducta²³³ a la que están sujetas todas las relaciones contractuales. El principio general de derecho de la buena fe, en su aspecto objetivo, como comportamiento justo y honrado, apoyado como concepto jurídico en la valoración de conductas deducidas de unos hechos, prohíbe también que se viole el contenido ético del precepto legal en que se ampara el motivo, pese a su apariencia de legalidad, lo que en todo caso constituiría fraude de ley²³⁴.

Sin perjuicio de las diferentes nociones de abuso del derecho construidas jurisprudencialmente, para el supuesto particular del despido por competencia desleal, cuando ha mediado aceptación tácita del empresario, puede acogerse como definición aplicable de abuso del derecho aquella situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho sumado a la finalidad subjetiva de dañar²³⁵.

Cabe resaltar que la buena fe contractual y el abuso de derecho están consagrados no solo en el marco general previsto por el ordenamiento civil para los contratos, sino también en el ordenamiento laboral en los arts. 54.2.d)

²³² BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *“Comentarios al Código Civil”* 3ª Ed, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2009. Pág. 64.

²³³ *Ibídem*. Pág. 65.

²³⁴ STS (Sala de lo Civil) de 28 febrero 1990 (RJ 1990\726).

²³⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *“Comentarios al Código Civil”* Ob. Cit. Pág. 65. Los cuatro conceptos de abuso del derecho corresponden a abuso como inmoralidad o antisociabilidad del daño manifestado de forma subjetiva, otra corriente afirma que debe existir al ánimo de dañar, el cual se acredita por el uso anormal y sin provecho propio, otra línea conceptúa que se requiere una finalidad subjetiva reprochable sin más, y finalmente, otra corriente considera que debe darse la finalidad subjetiva de perjudicar y la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho.

y 5.a) ET, siendo aplicables para la red de prohibiciones de competencia en la relación laboral compuesta por las obligaciones de no competencia desleal y no competencia postcontractual.

17. Los pactos, ¿son cláusulas o contratos?

Para empezar, es menester reseñar que la noción de pacto es multívoca, y conlleva a su identificación conceptual con los términos cláusula o contrato. En otra época, específicamente en el derecho romano, el pacto no se identificaba con la noción de contrato; se diferenciaba de éste en que no tenía nombre ni causa y carecía, en sí mismo, de fuerza para obligar por lo cual no era exigible su cumplimiento. El pacto y el contrato pertenecían genéricamente a la esfera de la convención. No obstante, esto fue cambiando paulatinamente, al punto que en el derecho moderno el pacto y el contrato se identifican como términos equivalentes.

En términos generales, el pacto puede definirse como el acuerdo de dos o más personas sobre una misma cosa. Se utiliza jurídicamente para referirse a un convenio principal; pero también para aludir a un acuerdo en particular, mediante el cual las partes pueden modificar una institución o contenido contractual; y también para comprender aquellos acuerdos que no afectan el contenido propio del contrato, sino que son accesorios a él y cuentan con cierta autonomía²³⁶.

Por su parte, la definición de contrato es conceptualmente cercana a la de pacto, pero más amplia. El contrato puede definirse como acto y como norma. Responde por tanto al concepto de “negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”²³⁷. También es un acto jurídico que se convierte

²³⁶ REVERTE NAVARRO, A: “Artículo 1255 C.C.” en ALBALADEJO, M., y DIAZ ALABART, S. “*Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*” Tomo XVII, vol I. Artículos 1254 a 1269 del C.C. Ed. Edersa. Madrid. 1993. p. 130 ss.

²³⁷ DIEZ-PICAZO, L.: “*Sistema de derecho civil. Tomo II*” Ob. cit. Pág. 29.

en norma para las partes; en otras palabras, es “un acto de voluntad al que el ordenamiento jurídico atribuye efectos jurídicos; un acto de voluntad generador de una determinada relación jurídica contractual. Al mismo tiempo que acto, es también una norma, un precepto o una regla de conducta”²³⁸.

Vázquez Iruzubieta denomina pacto a “todo acuerdo que con cierto carácter accesorio tiene por finalidad dejar establecida una modalidad de cumplimiento de la sustancia contractual”²³⁹. Así mismo, define cláusula a “todo apartado que va generalmente numerado en el documento acreditativo del contrato y que se refiere a un aspecto concreto del contrato, pero también suele dársele el nombre de cláusula a lo que se identifica como pacto, lo que conduce a ser utilizados como sinónimos los vocablos pacto, cláusula y condición”²⁴⁰.

La diferenciación semántica y jurídica de las palabras pactos, cláusulas y condiciones presenta posiciones de autores contrapuestas. Reverte Navarro se remite a Scaevola²⁴¹, para quien las expresiones pactos, cláusulas y condiciones recogidas en el art. 1.255 CC son diferentes conceptos jerarquizados que integran al contrato, pero que hacen alusión a la amalgama de posibilidades que tienen los particulares para establecer las reglas de comportamiento de donde se deriven sus derechos y obligaciones contractuales. Así, los pactos serían las convenciones de carácter general, mientras que las cláusulas corresponderían a las disposiciones particulares fijadas por las partes y, finalmente, las condiciones corresponderían a los acontecimientos que subordinan la efectividad de lo convenido²⁴². Para el

²³⁸ DÍEZ-PICAZO, “*Fundamentos, ob. cit.*”, Pág. 98 en REVERTE NAVARRO, A.: “*Comentarios al código civil...*”. Ob. Cit. Pág. 130, ss.

²³⁹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C: “Contratos. Comentarios a los artículos 1254 a 1314 del Código Civil. Título II. De los contratos. Capítulo primero” vLex. Barcelona. 2009. Fuente en línea. http://vlex.com/account/login_ip?fuentes_id=4619. Consulta: 31/03/2013

²⁴⁰ Ídem.

²⁴¹ SCAEVOLA, Q.M.: “Código Civil” tomo XX, 2ª, Ed. Rev. Por MARTÍN PÉREZ, A. Madrid. 1958. Pág. 560 en REVERTE NAVARRO, A: “*Comentarios al código civil...*” Ob. Cit. Pág. 130, ss.

²⁴² Ídem.

autor, la expresión cláusula, “en su aspecto formal, es un modo de presentación exterior de un precepto de la autonomía privada; y desde un punto de vista estructural, un elemento de la unidad orgánica negocial”²⁴³.

En contraposición a esta postura, Reverte Navarro evocando a Manresa²⁴⁴, afirma que las tres expresiones carecen de diferenciación en el Código Civil. Aunque pacto no siempre hace referencia al mismo significado en las diferentes citas contenidas en el Código Civil²⁴⁵, prevalece principalmente la idea de pacto como acuerdo de voluntades sobre partes determinadas de la regulación contractual y no como acuerdo de voluntades aislado²⁴⁶.

En el ámbito laboral, es unánime la doctrina en reconocer que los pactos del art. 21 ET son asemejados de forma inequívoca al concepto de contrato y, como tal, son regidos por la normativa civil en materia contractual, y también por la norma especial que los consagra. Cabe aclarar que esta interpretación no es incompatible con entender que los pactos del art 21 ET también pueden configurarse como una cláusula adicional al contrato de trabajo, debido a que, ante la ausencia por parte de la normativa laboral de establecimiento de una forma o momento para celebrarse, estos pactos podrían establecerse dentro del contenido del contrato de trabajo, en el mismo documento principal o en un documento accesorio.

La doctrina considera que el pacto de no competencia post-contractual hace parte de los denominados pactos típicos, tomando como referencia argumentativa a los contratos típicos de la teoría de las obligaciones civilistas, en alusión a que es “un acuerdo accesorio incorporado al contenido del

²⁴³ Ídem.

²⁴⁴ MANRESA, y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, t. 8º, vol. II, 5 ed, revisado por MORENO MOCHOLÍ, Madrid, 1950, Pág. . 290 en REVERTE NAVARRO, A: “*Comentarios al código...*” Ob. Cit. Pág. 130, ss.

²⁴⁵ REVERTE NAVARRO, A.: “*Comentarios al código...*” Ob. Cit. Pág. 130, ss.

²⁴⁶ SCAEVOLA, Q.M.: “Código Civil” tomo XX, 2ª, Ed. Rev. Por MARTÍN PÉREZ, A. Madrid. 1958. Pág. 559- 560 en REVERTE NAVARRO, A: “*Comentarios al código...*” Ob. Cit. Pág. 146, ss.

contrato por voluntad de los contratantes a los que el legislador ha considerado conveniente dedicar una regulación específica, por su frecuencia en el tráfico contractual y por afectar a intereses sensibles”²⁴⁷. Estos intereses sensibles, en este caso están relacionados con el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio contemplados en el art. 35.1 del ET.

Pero, sin duda, no podría constituirse un pacto de no competencia post-contractual con quien no tenga o no haya tenido una relación laboral, ya que es el contrato de trabajo la fuente primigenia que faculta que se constituya dicha obligación.

En definitiva, más allá de la diferencia literaria entre pacto, cláusula y contrato, cuya utilización indiferenciada no parece problemática ni decisiva, lo más apropiado es entender que el art. 21.2 ET, referido al pacto de no competencia post-contractual, hace alusión a un acuerdo de voluntades “a partir del cual ambas partes deciden comprometerse para el tiempo en que no esté vigente el contrato”²⁴⁸. Independientemente de la noción bajo la cual sean interpretados o el momento o la forma en la que sean implementados, son reglados tanto por la normativa civil como por la laboral, con aplicabilidad de las normas civiles previstas para los contratos.

En consecuencia, los límites legales previstos para los contratos son aplicables a las cláusulas contenidas en el contrato de trabajo, y también a los pactos autónomos, independientemente de si se celebraron al inicio del contrato de trabajo, durante su transcurso o al finalizar el mismo. También son aplicables los límites previstos para la normativa específica; es decir, los estipulados por la normativa laboral sin que sea un aspecto relevante el momento de la celebración del pacto, pero condicionado obligatoriamente a

²⁴⁷ Acuñan el término de pactos típicos en el contrato de trabajo MARTÍN VALVERDE, A. et al.: “*Derecho del trabajo*”, 16ª edición, Tecnos, Madrid, 2007, Pág. 497 ss, para aludir al período de prueba, al pacto de plena dedicación, el pacto de permanencia y al pacto de no competencia postcontractual en MARTÍN VALVERDE, A.: “Constitucionalidad y legalidad en la jurisprudencia constitucional sobre condiciones de empleo y trabajo. Un estudio a través de sentencias recientes” *RMTI* No. 73. 2008. Pág. 13-49.

²⁴⁸ NEVADO FERNANDEZ M.J.: “*Las restricciones a la competencia...*” Ob. Cit. Pág. 135 ss.

que la causa del pacto se origine en el previo contrato de trabajo y el objetivo, en el caso del pacto de no competencia postcontractual, sea limitar la competencia del antiguo trabajador. En consecuencia, el presupuesto para la aplicación de la norma es el objeto del pacto, no el momento de realizar el acuerdo²⁴⁹.

Sin animo exhaustivo, debido a que el tema será desarrollado con mayor profundidad en otro capítulo de este documento, es pertinente aludir a que la obligación de competencia post contractual puede configurarse entre las partes en diferentes momentos de la relación laboral; esto es, puede incorporarse como parte del contrato laboral a través de una clausula o en un momento posterior, en una declaración de voluntad anexa y dependiente al contrato laboral.

En la medida en que la obligación de no competencia post-contractual conforma parte del contrato laboral, en modalidad de clausula, se está frente a una obligación condicional suspensiva; por ende, el contrato laboral permanecerá vigente hasta que se extinga la última de las obligaciones, cuando el intercambio de trabajo por salario haya desaparecido²⁵⁰.

Cuando la obligación de no competencia post-contractual se pacta en una clausula independiente o como un pacto accesorio al contrato de trabajo, pero dependiente de este para producir efectos jurídicos, su vigencia también queda sometida a la condición suspensiva de la terminación de la prestación de servicios por parte del trabajador²⁵¹.

Por lo demás, es importante reseñar que, independientemente de la forma de instrumentalización del pacto, ya sea como una clausula perteneciente al contrato de trabajo o como un pacto o acuerdo celebrado en

²⁴⁹ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: "Limites a la competencia y contrato de trabajo". Ob. Cit. Pág. 26

²⁵⁰ NEVADO FERNANDEZ M.J: "*Las restricciones a la competencia...*" Ob. Cit. Pág. 135 ss.

²⁵¹ Ídem.

forma y momento posterior al contrato de trabajo, ya sea al principio de la relación laboral o al momento de finalizar esta, las partes están obligadas al cumplimiento de lo pactado, sin posibilidad de eximirse unilateralmente del mismo.

18. Calificación del pacto de no competencia postcontractual basándose en la clasificación de los contratos civiles

Teniendo en cuenta la clasificación de los contratos reseñada ampliamente por la doctrina civilista²⁵², los pactos del art. 21 ET pueden calificarse como consensuales, bilaterales o sinalagmáticos, onerosos, conmutativos, típicos y por negociación.

Los pactos del art. 21 ET son consensuales, porque se perfeccionan por el consentimiento según lo estipulado en el art. 1254 y 1258 del C.C. También son bilaterales o sinalagmáticos, porque crean obligaciones recíprocas, a cargo de ambas partes. Así mismo, son onerosos, dado que el sacrificio que realizan las partes es compensado por el beneficio que obtienen; y, además, son conmutativos, puesto que la equivalencia entre las prestaciones de las partes es fijada previamente por ellas. Sumado a las anteriores características, son contratos típicos ya que la ley ha previsto su configuración. Finalmente, son contratos por negociación en el que las partes debaten el nacimiento y el contenido.

Esta última peculiaridad excluye que puedan configurarse como pactos de adhesión, aunque teniendo en cuenta la posible incomparecencia del principio de igualdad de los contratantes por la posición dominante del empleador en la negociación, el trabajador podría verse abocado a ejercer la libertad de optar por celebrar o no el contrato, pero sin libertad de negociar y establecer las cláusulas.

²⁵² La clasificación de los pactos del art. 21 ET atiende a las categorías contractuales expuestas por DIEZ-PICAZO, L.: “*Sistema de derecho civil. Vol. II*”. Ob. cit. Pág. 29 ss.

También pueden calificarse como un contrato duradero²⁵³ con obligaciones de trato sucesivo, ya que conllevan continuidad temporal en su vigencia y ejecución, generando un vínculo entre los intervinientes durante un plazo temporal.

La obligación que adquiere el trabajador de no competir después de finalizada la relación laboral puede calificarse²⁵⁴, por razón de la prestación, en negativa, ya que radica en una omisión. También, por razón de la prestación es indivisible, dado que la prestación de no competencia post-contractual no permite fraccionamiento. Asimismo, es específica, dado que la prestación se concreta individualmente accesoria, pues depende de otra principal, y a plazo o término, ya que está sujeta a un acontecimiento futuro y cierto.

19. Requisitos generales de validez y específicos del pacto de no competencia postcontractual

En una aproximación de carácter general, es oportuno hacer algunas precisiones sobre los requisitos de validez de los pactos de no competencia postcontractual, sin perjuicio del tratamiento que se efectuara en un próximo capítulo.

El pacto de no competencia post-contractual, al igual que el contrato, es un acto jurídico realizado por los particulares, revestido por el sistema jurídico de relevancia jurídica y fuerza vinculante para obligar jurídicamente al cumplimiento²⁵⁵. Sin embargo, para otorgarles el respaldo legal, el ordenamiento jurídico les condiciona a la confluencia de unos presupuestos

²⁵³ LASARTE ALVAREZ, C.: *"Principios del derecho civil. Contratos. Tomo III"* 14ª Ed. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2011. Pág. 11.

²⁵⁴ Los diferentes criterios de clasificación de la obligación de no competencia postcontractual se basan en la clasificación de las obligaciones expuesta por O'CALLAGHAN, MUÑOZ, X.: *"Compendio de Derecho Civil. Tomo 2 (Obligaciones y contratos) vol. 1"* Edersa. Madrid. 2004.

²⁵⁵ Conceptúa acerca de la fuerza vinculante y la relevancia jurídica del contrato, VASQUES DE CASTRO, E.: *"Determinación del contenido del contrato..."* Ob. Cit. Pág. 66.

generales previstos por la normativa civil y unos específicos establecidos por la normativa laboral.

Aunque pueda pensarse que el art. 21.2 ET es una norma dirigida exclusivamente a la protección del interés del empleador de impedir la competencia del ex trabajador, lo cierto es que también va encaminada a la protección de los intereses y derechos del trabajador a que no se limite injustificadamente su libertad de trabajo²⁵⁶. Así, el legislador, para admitir la limitación a la libertad constitucional de trabajar, condiciona la validez del pacto al cumplimiento de todos los requisitos fijados en la ley²⁵⁷.

En efecto, los requisitos de validez del pacto de no competencia postcontractual procuran evitar la arbitraria limitación de la libertad de trabajo, constituyéndose en un filtro para determinar si detrás de la celebración del pacto realmente existe el interés empresarial que el ordenamiento jurídico quiere proteger y que legitima la restricción de un derecho de rango constitucional, que, en virtud de su jerarquía, exige ser compensado económicamente y limitado en su ejercicio por un periodo de tiempo prudencial.

Como se ha reseñado previamente, el primer marco legal al que debe ceñirse el pacto de no competencia postcontractual esta demarcado por la normativa civil relativa a los principios generales de los contratos, que establece los límites a la autonomía de la voluntad, así como los presupuestos de la libertad contractual: capacidad (art. 1263 y 1264 C.C.), consentimiento (vicios art. 1265 C.C.) e igualdad de los contratantes. También establece los parámetros de validez para la eficacia de los contratos, subordinándolos a la confluencia de los elementos esenciales previstos en el art. 1261 C.C.; es decir, la causa de la obligación, el consentimiento de los contratantes y el objeto cierto.

²⁵⁶ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Límites a la competencia...” Ob. Cit. Pág. 25. Expresa el autor que el art. 74 de LCT no intenta proteger el interés del empleador a que no se le siga competencia, sino el interés del trabajador a que no se limite muy injustificadamente su libertad de trabajo.

²⁵⁷ Ibídem. Pág. 25 ss.

El objeto de la obligación del pacto, es decir, la prestación debida por el deudor y reclamada por el acreedor, está determinada en la norma laboral específica, al igual que establece lo relativo a la causa²⁵⁸, consistente en la abstención de competencia postcontractual por un lado, y la obligación de compensación por el otro.

El artículo 1.254 C.C. dispone que, ante ausencia de consentimiento de las partes en obligarse, no existe el contrato. En relación con lo anterior, se pronunció la Sentencia núm. 403/2011 de 22 noviembre, (AC 2011\1621), de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª), reseñando que, “en definitiva, se exige un acuerdo de voluntades que se dirige a un fin común y se une, de modo que para su validez es necesario que exista una pluralidad de partes, que tengan capacidad, que exista una voluntad consciente, inteligente y libre y que se realice una declaración, en cuanto es necesario que el consentimiento se exprese y se declare, y por último que exista concordancia entre la voluntad interna y la declarada”.

El consentimiento en el pacto de no competencia postcontractual no presenta ninguna diferenciación respecto a la norma civil. No obstante, respecto a la capacidad de los contratantes para suscribir el pacto de no competencia postcontractual, se aplica lo dispuesto para el contrato de trabajo; es decir, la edad mínima para contratar y la autorización del representante legal de los menores de edad para suscribir el contrato de trabajo también debe darse para la celebración del pacto de no competencia postcontractual.

Por otro lado, en el ámbito laboral el legislador valora el sacrificio de la libertad de trabajo aceptado por el trabajador que acuerda celebrar un pacto de no competencia postcontractual y establece unos específicos parámetros para validar la limitación de su derecho. La normativa laboral estructura los elementos esenciales basándose en el criterio de tiempo, la compensación económica y el efectivo interés del empresario. Como resultado, se establece

²⁵⁸ Ibídem. Pág. 27.

un límite temporal para la duración del pacto, una obligación de compensar adecuadamente y una limitación de las actividades prohibidas a aquellas en las que existe un interés industrial o comercial efectivo para el empresario²⁵⁹.

La duración máxima del pacto de no competencia postcontractual en ningún caso puede ser superior a la establecida legalmente, pero si inferior al término previsto en el precepto legal, cuyo límite se aplicará en ausencia de pronunciamiento al respecto de los contratantes. La adecuada compensación económica que grava al empresario procura nivelar el sacrificio del trabajador con una contraprestación económica; un deber adicional al contrato de trabajo, como lo es la no competencia postcontractual, genera como es lógico, una contraprestación adicional. De su lado, el interés industrial o comercial efectivo del empresario afecta la subsistencia y el alcance del pacto, ya que es el punto de referencia para circunscribir el ámbito funcional y espacial de la prohibición²⁶⁰.

El incumplimiento de los requisitos genéricos dictados por la norma civil y de los requisitos específicos dictados por la norma laboral deriva en la nulidad de pleno derecho o nulidad radical del pacto y, en consecuencia, se considera que el pacto no nació a la vida jurídica y, por lo tanto, es inexistente²⁶¹.

20. La autonomía negocial del trabajador para disponer de sus derechos constitucionales en los pactos art. 21 ET

A pesar de que el derecho laboral sustrae determinados asuntos del poder dispositivo de las partes intervinientes en la relación laboral, el art. 21.2 ET concede libertad para acordar que se restrinja la libertad al trabajo.

²⁵⁹ Ibídem. Pág. 26.

²⁶⁰ Ibídem. Pág. 29 ss.

²⁶¹ GUERRA FERNANDEZ, J.: "Sobre las causas de nulidad de los contratos privados" Rev. D3 Derecho vLex No. 11, Noviembre de 2003.

El legislador reconoce al trabajador la titularidad de sus derechos constitucionales y le reconoce un poder de disposición sobre los mismos porque previamente ha dispuesto un terreno seguro sobre el cual se desenvolverá la autonomía negocial de las partes, sin lesionar los derechos del trabajador²⁶². Por ello, desde fuera del contrato laboral la ley impone requisitos de validez para adecuar un espacio de desenvolvimiento de la libre voluntad cuyo ejercicio no resulte perjudicial para los derechos de las partes involucradas.

Por ende, es viable conceder a la voluntad contractual el poder de limitar principios constitucionales y establecer relaciones jurídico-materiales, siempre que sean limitaciones arbitrarias que respeten el contenido esencial y que sean justificadas por la protección de otro interés²⁶³.

Si bien es cierto que el artículo 3.5 ET prohíbe al trabajador que disponga de los derechos reconocidos por la ley y por los convenios colectivos, no prohíbe que entre en juego la voluntad de las partes en normas de derecho necesario relativo. Aunque los pactos son una legítima expresión de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad privada, que faculta al trabajador a disponer de sus derechos constitucionales, en ningún caso se podrán establecer condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos²⁶⁴.

²⁶² LUJÁN ALCARAZ cita a D'ANTONA, M.: "La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Trabajo", Relaciones Labores. Revista Crítica de Teoría y Práctica 2, 1991, Pág. 298 y 299, para aludir al carácter preformativo de la regla estatal en las condiciones del trabajo que predispone el terreno sobre el que operara la autonomía negocial en LUJÁN ALCARAZ, J.: "Reflexiones sobre el papel actual de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo". BIB 1999\687. AS vol. V parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 1999. Pág. 61-69.

²⁶³ NEVADO FERNANDEZ, M.J.: "Las restricciones a la competencia..." Ob. Cit. Pág. 133.

²⁶⁴ ALCAZAR ORTIZ, S., DE VAL TENA, A.L.: "Los pactos de dedicación exclusiva..." Ob. Cit. Pág. 127.

21. La disponibilidad por autonomía colectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores en la configuración de la obligación de no competencia post-contractual

Se ha establecido previamente que la autonomía individual es la fuente de la obligación de no competencia postcontractual, pero queda por determinar si la autonomía colectiva también es una fuente idónea para establecer la prohibición de competencia post-contractual y, por consiguiente, para limitar, por convenio colectivo, los derechos fundamentales de titularidad individual del trabajador.

El instituto de la autonomía de la voluntad se expresa en materia laboral a través de dos vertientes: la individual y la colectiva. La autonomía en el ámbito colectivo es el resultado de las reivindicaciones de la lucha obrera que buscaban compensar el desequilibrio en la relación laboral a través de la fuerza atribuida a una agrupación o asociación. A raíz de esto, se le confiere a los sujetos colectivos de representación en las relaciones laborales la potestad de autorregular sus intereses²⁶⁵. Esta potestad incluye la libertad de representación y reglamentación en la fijación de las condiciones laborales, además de la libertad de gestión, suspensión y disolución.

La CE otorga un rol central y preponderante a la autonomía colectiva, reconociendo al convenio colectivo fuerza vinculante en la regulación de las condiciones de trabajo, que implica la imposición directa e indirecta de su contenido sobre las relaciones individuales²⁶⁶, pero supeditada al respeto de la ley y de los derechos fundamentales, que actúan, a su vez, como límite.

En ese propósito regulador de la negociación colectiva, la Norma Suprema no consagra ninguna prohibición explícita ni implícita sobre los derechos fundamentales, siendo evidente, entonces, que está facultada para

²⁶⁵ LASTRA LASTRA, J.M.: “Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo” Revista de Derecho Privado Nueva Época, No 5, 2003. Pág. 131.

²⁶⁶ LASTRA LASTRA, J.M.: “Paradojas de la autonomía de la voluntad...” Ob. Cit. Pág. 132.

regular las condiciones del ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral y, por tanto, para incidir sobre los derechos individuales del trabajador (STC 58/85), tales como la jubilación forzosa, o la renuncia al ejercicio del derecho de huelga u otras acciones de conflicto durante la vigencia del convenio (SSTC 11/81 y 198/93)²⁶⁷.

En relación con la SSTC 11/81, de 18 de Abril, sobre la renuncia al derecho de huelga por convenio colectivo, Sirvent Hernandez equipara la argumentación jurídica sobre la capacidad de la negociación colectiva para disponer de los derechos y libertades de rango constitucional al pacto de permanencia mínima del art. 21.4 ET. Expone que no es contraria a la Constitución la disposición de derechos y libertades por medio del convenio colectivo, dado que no constituye una renuncia definitiva e irrevocable, al ser su ejercicio restringido temporal y transitoriamente. En suma, no queda afectada la libertad al trabajo, sino solo su ejercicio de acuerdo a los límites impuestos legalmente y de una manera compensada²⁶⁸.

No obstante lo anterior, la doctrina ha manifestado que la decisión sobre ciertas cuestiones laborales donde está en juego en exclusiva el interés individual del trabajador, que no afecta al conjunto del personal, son de decisión exclusiva del trabajador sin que sea necesaria ni competente la intervención de la autonomía colectiva, tales como los pactos de funciones intercategoriales o los acuerdos de disfrute de vacaciones²⁶⁹.

Charro Baena manifiesta que, aunque se suprimió la denominación de pactos individuales propuesta en el Proyecto de Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1979, la redacción definitiva recogida en el Estatuto de los Trabajadores no puede ser un motivo de suficiente entidad para habilitar la

²⁶⁷ GARCÍA BLASCO, J.: “La Jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva” Revista Andaluza de Trabajo y bienestar social. núm. 76. 2004, Pág. 73 ss.

²⁶⁸ SIRVENT HERNANDEZ, N.: “*El pacto de permanencia en la empresa*” Ob. Cit. Pág. 92.

²⁶⁹ BLASCO PELLICER, A.: “La autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación laboral” en AS, núm. 17. 2005. Pág. 47 ss.

posibilidad a la disponibilidad colectiva de imponer la obligación de no competencia postcontractual al trabajador en su dimensión individual²⁷⁰.

Por su parte, Nogueira Guastavino infiere que la configuración genética y primigenia del pacto de no competencia postcontractual concibe un acuerdo de carácter individual que imposibilita que sea pactado por convenio colectivo, así deducido por la redacción inicial del artículo original del proyecto de Estatuto de los Trabajadores, que hacía una clara mención a los pactos individuales de no concurrencia postcontractual. Así mismo, argumenta que el lenguaje jurídico del legislador laboral generalmente asigna la denominación de “pacto”, sin más, para señalar el carácter individual de un acuerdo, mientras que, cuando admite la posibilidad de regulación colectiva, alude expresamente a esa eventualidad. Finalmente, refiere al carácter individual del derecho a la libertad del trabajo que impide su disponibilidad colectiva y requiere de la aceptación libre, voluntaria e individual del trabajador²⁷¹.

Sin embargo, la autora matiza que el convenio colectivo puede condicionar el acceso a un determinado puesto de trabajo a la celebración de un pacto de no competencia, eventualidad en la que el trabajador, al celebrar el contrato o ascender de categoría profesional, decide voluntariamente otorgar el consentimiento individual y aceptar las condiciones contractuales, incluyendo la obligación de no competir contractualmente²⁷². Así mismo, razona que, por la vía del convenio colectivo, se pueden complementar los criterios establecidos por la norma estatal, de modo que el nacimiento de la obligación siempre estará condicionado a la aceptación individual, pudiéndose estipular una duración del pacto, fijar criterios orientativos para la compensación y establecer categorías de trabajadores con mayor riesgo concurrencial²⁷³.

²⁷⁰ CHARRO BAENA, P.: “Nota sobre la posibilidad de fijar...” Ob. Cit. Pág. 2539 y ss.

²⁷¹ NOGUEIRA GUASTAVINO M. “*El pacto laboral de no competencia...*” Ob. Cit. Pág. 79.

²⁷² *Ibíd.* Pág. 81.

²⁷³ *Ibíd.* Pág. 82.

En el mismo sentido se expresan Alcazar Ortiz y de Val Tena, que consideran que por vía colectiva no es posible disponer de los derechos singulares del trabajador, en clara alusión a la libertad de trabajar. No obstante, manifiestan que sí es factible que por medio del convenio colectivo se regule la clasificación profesional en la empresa y se fije, para determinados puestos de trabajo, requisitos que constituyan característica intrínseca de los mismos que obliguen a determinadas prestaciones, siendo necesaria la aceptación de dichas obligaciones para la celebración del contrato²⁷⁴. Siguiendo esta línea argumental, aunque el pacto de no competencia postcontractual afecte a la libertad de trabajar sería factible que por convenio colectivo se estableciera la obligatoriedad de la abstención de no competencia postcontractual como requisito de acceso a un cargo.

Del mismo modo, Charro Baena considera que el convenio colectivo puede imponer la abstención de actividades competitivas, pero no de forma generalizada e indiscriminada para todos los trabajadores, sino que asumiría un papel complementario; es decir, desarrollando los elementos del pacto descritos en la normativa o conteniendo pautas de regulación del pacto. Por consiguiente, por medio de convenio colectivo podría fijarse el ámbito territorial o geográfico de las actividades prohibidas, o la cuantía de la compensación económica, que en todo caso debe ser adecuada o proporcional, o la duración de la obligación, que en ninguna circunstancia podría exceder los límites legales. En esa misma medida, el convenio colectivo también puede establecer la obligación de no competencia postcontractual como requisito para acceder a determinados cargos o puesto de trabajo²⁷⁵.

Así mismo, la autora analiza la posibilidad de imponer el pacto de no competencia en el convenio colectivo en dos situaciones distintas comprendidas por las bajas incentivadas y la prejubilación, arrojando una diferente conclusión para cada supuesto. En definitiva, es posible pactar la

²⁷⁴ ALCAZAR ORTIZ, S., DE VAL TENA, A.L.: “Los pactos de dedicación exclusiva...” Ob. cit. Pág. 129.

²⁷⁵ CHARRO BAENA, P.: “Nota sobre la posibilidad de fijar en...” Ob. Cit. Págs. 2539 y ss.

obligación de no competencia postcontractual a través de un convenio colectivo para las situaciones de baja incentivada, mas no para las prejubilaciones, ya que, en el específico caso analizado comprendido por el convenio colectivo estudiado, la prejubilación se configuraba como una suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, mientras que la baja incentivada si es una efectiva extinción del contrato de trabajo. Además, la prohibición de competencia para las bajas incentivadas no se extiende a todos los trabajadores de forma indiferenciada, sino que se instituye como requisito para acceder voluntariamente a la baja incentivada, que requiere la previa aceptación libre, voluntaria e individual del trabajador involucrado²⁷⁶.

Al hilo de lo expuesto, no es viable considerar al convenio colectivo como un instrumento idóneo para gravar indiscriminadamente a todos los trabajadores con la obligación de no competencia postcontractual y disponer de los derechos individuales del trabajador, como el derecho al trabajo, dado que, por la entidad y naturaleza de los derechos involucrados en la obligación de no competencia postcontractual, el nacimiento del compromiso debe estar precedido de la aceptación individual del trabajador y condicionada la validez a la concurrencia de los requisitos legales. Todo ello, sin perjuicio de que el convenio colectivo pueda fijar parámetros de desarrollo de la norma estatal en esta materia, aunque hay que reconocer que la instrumentación del convenio colectivo no es una herramienta frecuentemente utilizada en esta materia.

22. Los derechos constitucionales involucrados en la prohibición de competencia del trabajador

Antes de entrar en el recorrido histórico de la prohibición de competencia en el contrato de trabajo y en el marco jurídico laboral vigente, es necesario referirnos a algunos derechos y libertades constitucionales implicados en la prohibición de competencia del trabajador.

²⁷⁶ CHARRO BAENA, P.: “Nota sobre la posibilidad de fijar....” Ob. Cit. Pág. 2539 y ss.

En cuanto a las prohibiciones de competencia en el ámbito laboral, en primer término vale la pena destacar que la regla general en el establecimiento de las relaciones laborales es el pluriempleo; sin embargo, los sujetos intervinientes en los extremos de la relación laboral, empresario y trabajador, pueden realizar pactos que limiten la libertad del trabajador de pluriemplearse, así como también restringir la libertad de competir una vez terminada la relación laboral.

En este punto, una de las primeras inquietudes que surgen es si el régimen de prohibición de competencia durante la relación laboral y posterior a la finalización de esta consagrado en el art. 21 ET vulnera derechos fundamentales del trabajador, como el derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio. Para dilucidar esta cuestión, iniciaré con unas precisiones generales sobre la confrontación jurídica de los derechos fundamentales, para seguidamente aludir a la relación de la prohibición de competencia desleal con los arts. 38 y 35 CE y finalizar con la reflexión sobre el pacto de no competencia post-contractual y los derechos constitucionales.

Los derechos a la libertad de empresa y la libertad al trabajo influyen en los criterios sobre los que se sustenta la abstención de competencia del trabajador, que conlleva *per sé* a una limitación de la libertad del trabajador de realizar determinadas actividades productivas que puedan perjudicar al empresario. No obstante, esta limitación no tiene porqué constituir una vulneración a los derechos de los trabajadores si se realiza por razones plenamente justificadas y guardando los requisitos previstos legalmente.

La aplicación del art. 21 ET implica la colisión de derechos fundamentales que representan lógicamente dos posiciones contrapuestas. Por el lado de los intereses empresariales, se invoca la libertad de empresa; por la parte de los trabajadores, se alega la libertad al trabajo e, incluso, la misma libertad de empresa.

Los derechos al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio y a la libertad de empresa limitan la facultad del legislador de moldear el instituto

jurídico de la concurrencia en el contrato de trabajo, e inciden sobre su regulación, que deberá respetar el contenido esencial de tales derechos constitucionales²⁷⁷.

Al respecto, manifiesta la STS RJ 1984/2972, de 7 de mayo de 1984, que el deber de trabajar y el derecho al trabajo de todos los españoles, así como el de elegir libremente la profesión u oficio, fijan una línea interpretativa, en orden a las situaciones controvertidas planteadas a los tribunales, que ha de ser perfectamente coherente con los principios ordenadores del sistema jurídico español. Por tanto, el ET establece un criterio de interpretación restrictivo de las normas que afecten al derecho al trabajo o a la libertad de empresa, basándose en el respeto del contenido esencial de tales derechos y en el rechazo de cualquier sentido o alcance del precepto que pueda restringir esos derechos, sin una razón plenamente justificada.

La relación de intercambio de trabajo por salario no altera la categoría de ciudadano del trabajador, ni afecta a la titularidad de los derechos fundamentales, aunque su ejercicio implica la fijación de límites por la preservación de otros bienes o intereses protegidos. La STC 204/1997, de 25 de Noviembre, recuerda que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la constitución le reconoce como ciudadano.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la armonización entre relación privada y derechos fundamentales puede acarrear en la celebración de un contrato de trabajo la modulación de los derechos constitucionales, condicionando el ejercicio de los mismos. La doctrina constitucional, en STC 99/1994, de 11 de Abril, ha señalado que es necesario preservar el equilibrio entre las obligaciones del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional, pues, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales, la modulación derivada del contrato de trabajo sólo debe

²⁷⁷ SEGALÉS, J.: “*Derecho al trabajo, relación obligatoria...*” Ob. Cit. Pág. 104.

producirse en la medida estrictamente imprescindible para el logro del legítimo interés empresarial.

Por otra parte, en aras de procurar el equilibrio entre los derechos e intereses en conflicto, el juez debe realizar un juicio de ponderación para no restringir injustificadamente los derechos constitucionales fundamentales. Es pertinente aclarar que el juez realiza el juicio de ponderación en los supuestos de colisión entre derechos fundamentales, no cuando existe colisión entre un derecho fundamental en relación con un bien constitucional o infraconstitucional. El legislador, por su parte, puede limitar los derechos fundamentales en razón de bienes constitucionales o infraconstitucionales, como la buena fe, siempre dentro del respeto al contenido esencial²⁷⁸.

Así, la obligación de no concurrencia no tiene por qué representar una vulneración en su derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, sino que se trata de conjugar derechos de las partes implicadas en la relación laboral²⁷⁹. En este orden de ideas, la restricción a la libertad de trabajo, concerniente a desarrollar actividades concurrenciales por parte del trabajador, solo está legitimada cuando se esté protegiendo un verdadero interés empresarial²⁸⁰. El pacto de no competencia post contractual exige, aparte de justificar el interés comercial o industrial del empresario, fijar una limitación en el tiempo y una compensación económica. De otro lado, en el caso de la prohibición legal de competencia, el precepto legal circunscribe las actuaciones a que sean desleales.

Una vez realizadas estas consideraciones generales, y antes de referirnos con mayor amplitud al art. 35 CE, es importante recordar que la organización económica y política española está fundamentada en un modelo de economía social de mercado que se plasma en el marco constitucional con

²⁷⁸ CIDONCHA, A.: “*La libertad de empresa*” Ob. Cit. Pág. 270, ss.

²⁷⁹ CISCART BÈA N., RODRÍGUEZ SÁNCHEZ R.: “Prohibición de concurrencia y excedencia voluntaria”. Aranzadi Social vol. V parte Estudio. 1998. P. 1111-1138.

²⁸⁰ SEMPERE NAVARRO. A.V.: “Despido disciplinario y preparación...” Ob. Cit. Pág. 7-28.

la protección de la propiedad privada y la libertad de iniciativa de los particulares²⁸¹.

La proclamación de un sistema de economía de mercado indica que la actividad económica está regida por libre iniciativa económica privada y del mercado, en contraste a la economía controlada por una autoridad central, además de validar la propiedad privada de los medios de producción²⁸².

En concordancia con el modelo económico adoptado por la organización estatal que representa su concepción ideológica, la carta magna implanta la libertad de empresa en el art. 38 CE, junto con el art. 33 CE, que instituye la propiedad privada de los medios de producción.

La libertad de empresa mantiene una relación muy estrecha con otros derechos, cuya vinculación les permite alcanzar su finalidad mutuamente, como son el deber y el derecho a trabajar, la libre elección de profesión y oficio, la promoción en el empleo y una remuneración suficiente (art. 35 CE), la propiedad privada (art. 33 CE) e, incluso, con el principio de libertad contractual (art. 10 CE)²⁸³.

La función de la libertad de empresa implica la independencia de los ciudadanos, permitiéndoles desplegar su ingenio en el ámbito económico de forma autónoma respecto del Estado, amparando cualquier actividad organizada que tenga por finalidad la oferta de productos o servicios en el mercado, en concordancia con lo enunciado en el Auto TC 71/2008, de 26 de febrero, a tenor del cual dicha libertad “implica en esencia, el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial y hacerlo en libre competencia”²⁸⁴.

²⁸¹ VASQUES DE CASTRO, E.: “*Determinación del contenido del contrato...*” Ob. Cit. Pág. 120.

²⁸² CIDONCHA, A.: “*La libertad de empresa*” Ob. cit. Pág. 71.

²⁸³ PAZ ARES, C, et al. “Comentario a la Constitución española” Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, Pág. 980.

²⁸⁴ *Ibídem*. Pág. 981, ss.

Al respecto, la STC 112/2006, de 5 de abril, señala que el art. 38 CE comprende “el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado”

En este orden de ideas, la libertad de empresa es un ámbito de poder jurídico reconocido por la Constitución al empresario que, además de permitirle la libre iniciativa privada, le concede la autonomía organizativa de su unidad económica. La protección del sistema jurídico al interés empresarial frente a las actividades concurrenciales del trabajador se ampara en la protección de la libertad de empresa, fundamento de la celebración del pacto de no competencia post-contractual y del mandato legal de abstención de competencia desleal.

Concentrándonos primeramente en los derechos fundamentales involucrados específicamente en la prohibición de competencia desleal, es importante iniciar recordando que la libertad de empresa, al igual que todos los derechos fundamentales, tiene un contenido esencial que demarca su núcleo irreductible. En el caso de esta libertad, la esencialidad de su contenido está compuesta por la “libertad de acceso al mercado, libertad de desarrollo de la actividad empresarial y libertad de cesación o salida del mercado”²⁸⁵.

Ahora bien, la prohibición de concurrencia abarca las actividades realizadas por el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia. A pesar de que la prohibición de actividades concurrenciales por cuenta propia altera el derecho a la libertad del trabajador de iniciar actividades económicas, no puede aducirse su vulneración, ya que el trabajador puede ejercer su derecho pero condicionado a no lesionar los intereses empresariales, que son protegidos por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, el trabajador puede crear o fundar

²⁸⁵ PEREZ DE LOS COBOS, O.: “Descentralización productiva y libertad de empresa” Rev. Instituto de Estudios Económicos, 2005, Pág.193, en PEREZ DE LOS COBOS, O.: *et al* “100 preguntas laborales sobre descentralización productiva”. Ed. La Ley. 1ª edición. Mayo 2011, Madrid. Pág. 5.

su propia unidad económica si lo hace por los cauces de la legalidad y no del aprovechamiento de su posición de trabajador, sin explotar los secretos profesionales del empresario, apropiarse ilícitamente de su clientela o emplear los medios y el esfuerzo del empresario. De lo contrario, el Estado estaría permitiendo un “todo vale” sin reglas mínimas para los competidores en el mercado, lesionando el interés general. Por esta misma razón, tampoco se lesiona el derecho a la libre competencia.

No sobra recordar que la limitación a la libertad del trabajador, así como las limitaciones de ejercicio de los demás derechos fundamentales, provienen de la necesidad de armonizar el ejercicio de cada uno de ellos con los restantes derechos fundamentales y con otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos²⁸⁶, como lo son el interés empresarial y la sana competencia entre los operadores del mercado.

Es importante resaltar que el ordenamiento laboral asienta la prohibición de competencia en el elemento de la deslealtad, tolerando y aprobando la competencia del trabajador realizada de forma leal acorde a la buena fe. Precisamente, en ejercicio del poder de dirección y control otorgado al empresario a través de la autonomía organizativa amparada en la libertad de empresa, éste puede imponer la sanción disciplinaria de despido motivada por la transgresión de la buena fe contractual. Este principio del derecho privado, vigente también en la relación laboral, constituye un límite al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador; pero no significa la sujeción irrestricta del trabajador al empresario.

El límite de los derechos fundamentales impuesto por el deber de buena fe en la relación laboral conecta con el deber de no concurrencia desleal; su interrelación se infiere por lo dispuesto en la norma laboral que acoge como deberes básicos el cumplimiento de las obligaciones de acuerdo a la buena fe (art. 5.a ET) y la obligación de no concurrir con la actividad de la empresa (en

²⁸⁶ DALMASSO, E.I.: “Un análisis sobre el alcance del reconocimiento del derecho al trabajo en la Constitución Española”. *Boletín Aranzadi Laboral* No 46. 2003. Pág. 1 ss.

el art. 5.d) en los términos desarrollados en el art. 21 ET, que ciñe la competencia prohibida a aquella realizada con deslealtad.

En consecuencia, la única concurrencia sancionable con despido, de acuerdo al régimen legal previsto en los arts. 54.2.d, 5.d y 21.1 ET, es la que requiere para su configuración de actos concurrenciales realizados por medios contrarios a la buena fe. Se impide, entonces, la aplicación independiente del 54.2.d, pues conllevaría a la existencia de dos sistemas diferentes que ampliaría y agravaría la concurrencia sancionable²⁸⁷.

Establecido pues, que la prohibición de competencia desleal es una expresión del deber de buena fe de las partes contratantes en la relación laboral, en virtud del cual se pueden restringir derechos fundamentales del trabajador, como la libertad de empresa, es pertinente analizar la restricción de otro derecho que también se encuentran relacionados, como la libertad de trabajar.

22.1 La libertad de trabajar en la prohibición de competencia del trabajador

Así como la CE concede al empresario la libertad de elegir a través de la libertad de empresa, en equivalencia consagra, por medio del derecho al trabajo, la libertad de ser trabajador.

El texto constitucional proclama en el art. 35.1 el derecho al trabajo y a elegir libremente la profesión u oficio. En concordancia con los mandatos constitucionales, el art. 4.1.a ET declara como derechos básicos del trabajador el derecho al trabajo y la libre elección de profesión u oficio. Pero también le impone como deber, en el art. 5.d, la obligación de no concurrir con la actividad de la empresa.

²⁸⁷ SEGALÉS, J.: *“Derecho al trabajo, relación obligatoria...”* Ob. Cit. Pág. 103.

El art. 35 CE tiene un contenido complejo compuesto por múltiples derechos: el deber de trabajar, el derecho al trabajo, la libre elección de profesión u oficio, la promoción a través del trabajo, la remuneración suficiente y la no discriminación por razón de sexo.

La doctrina ha concebido la libertad de trabajo desde diferentes perspectivas. Un sector estima que es una expresión del derecho a la libertad consagrado en el art. 10 CE, que a su vez es una manifestación de la libre elección de profesión u oficio²⁸⁸, mientras que, para otro, la relación es inversa, siendo la libertad de elección de profesión u oficio una manifestación de la libertad de trabajar²⁸⁹. Sin embargo, la STC 22/1981, de 2 de julio, avala a la doctrina que reconoce a la libertad de trabajar como integrante del derecho al trabajo, como una manifestación de este²⁹⁰.

El vínculo entre ambos derechos está marcado por su desarrollo histórico conjunto. No obstante, uno y otro tienen pronunciadas diferencias, que residen principalmente en que el derecho al trabajo postula una actuación positiva mientras que la libertad de trabajar acarrea que el Estado fije los límites exclusivamente indispensables para alcanzar una mayor aplicación del derecho social²⁹¹.

Como se mencionó previamente, el derecho del trabajo, reconocido en el art. 35.1 CE, se expresa a través de múltiples vertientes, que ayudan a concretar su contenido. De todas las manifestaciones o derechos amparados por el art. 35.1 CE, la libertad de trabajar es el derecho que conecta más intensamente con la prohibición de competencia durante el contrato de trabajo y una vez extinguido éste, siendo esta libertad limitada en beneficio del interés empresarial.

²⁸⁸ ESQUIBEL MUÑIZ, U.: *“Las denominadas cláusulas de rescisión del contrato de los deportistas profesionales”* Ed. Dykinson. Madrid. 2005. Pág. 279.

²⁸⁹ Ídem.

²⁹⁰ Ídem.

²⁹¹ Ibídem. Pág. 275 ss.

En definitiva, la libertad de trabajar puede definirse como la facultad del trabajador de decidir libremente si desea o no desempeñar su trabajo, de qué forma y a favor de quien, ceñido a los límites de la buena fe²⁹². Además, puede exteriorizarse a través de dos facetas: una de carácter negativo, comprendida por el derecho a rechazar un trabajo, sin que esto pueda calificarse como una vulneración del deber de trabajar²⁹³; y otra de carácter positivo, consistente en la libertad de elegir y ejercer su profesión u oficio sin impedimentos.

La prohibición de competencia desleal y el pacto de no competencia postcontractual interfieren con el ejercicio de la libertad de trabajar, en su doble dimensión positiva y negativa, ya que, en razón del libre albedrío, las partes deciden restringir su derecho a la libertad de trabajar, aunque en algunas relaciones especiales es el propio legislador quien circunscribe el ámbito y contenido de la limitación.

Las normas propias del tipo de negocio jurídico son las primeras limitaciones de carácter absoluto que afronta la libertad de trabajar, comprendidas por la edad, la incapacidad y la extranjería; en consecuencia, se infiere que, quien tenga capacidad para contraer obligaciones, goza de la libertad al trabajo²⁹⁴. De otro lado, el límite impuesto a la libertad de trabajo, establecido por el art. 21 ET, de la prohibición de concurrencia del trabajador con su empresario, es de carácter relativo²⁹⁵.

La protección constitucional de la libertad de trabajar no es la garantía del ejercicio de un derecho sin limitaciones, ya que se le puede imponer límites para garantizar unos intereses merecedores del respaldo y protección del sistema jurídico; es la garantía de que el legislador no va a imponer requisitos gravosos que no estén justificados ni armonicen con el interés público.

²⁹² Ídem.

²⁹³ Ídem.

²⁹⁴ SEGALÉS, J.: “*Derecho al trabajo, relación obligatoria...*” Ob. Cit. Pág. 96.

²⁹⁵ Ibídem. Pág. 100.

Evidencia de lo anterior, son las numerosas normas en el ordenamiento jurídico que limitan los arts. 35.1 y 38 CE, ya sea para regular el ejercicio de las profesiones o para fijar el régimen de incompatibilidades en la administración pública, cuyas restricciones procuran proteger los intereses generales. En sí, no es un derecho sin límites, sino un derecho con limitaciones razonadas en servicio del interés general.

Ahora bien, la libertad fundamental de trabajar despliega un abanico de posibilidades para el trabajador; en concreto, que se vincule laboralmente con un solo empleador, que efectúe una multiplicidad de empleos o que realice pluriactividades. El pluriempleo constituye, entonces, una opción lícita admitida por el sistema jurídico, que permite al trabajador compatibilizar la prestación de sus servicios y suscribir una pluralidad de contratos de trabajo para diversos empresarios. No obstante y sin perjuicio de la regla general que permite el pluriempleo, este puede verse restringido cuando se realiza concurrencia desleal, o por acuerdo de voluntades cuando se pacta la dedicación exclusiva.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11 de octubre de 1994 (AC 1994, 4096), aclara que el art. 5 d) ET prohíbe la concurrencia, mas no impide el pluriempleo, ya que la actividad complementaria que tipifica la concurrencia debe calificarse como desleal, para la que es preciso se desarrolle en la misma actividad, en la misma rama de la producción con intereses contrapuestos y con igual mercado o clientela. Y aunque en el caso en estudio era la misma rama o actividad, no se producía en su campo una común clientela, y el trabajo se realizaba en horario compatible, por lo que no existían intereses contrapuestos y no había una intención tramposa.

De acuerdo con lo anterior, se restringe el pluriempleo cuando la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios incurre en concurrencia desleal. Entonces, la plena dedicación a una sola empresa vendrá impuesta cuando la actividad plural en trabajos o negocios similares perjudique al empresario y genere por ello una concurrencia desleal o competencia ilícita del trabajador.

Además de la Administración Pública, en algunas relaciones laborales especiales la regla de aplicación general que rige no es precisamente la libertad de pluriemplearse sino, por el contrario, la dedicación exclusiva.

Tampoco puede afirmarse que sea una prohibición absoluta²⁹⁶, ya que la autorización del empresario faculta al trabajador para pluriemplearse. Además del personal de alta dirección (art. 8 RD 1382/1985), la dedicación exclusiva también es regla general en la relación especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos²⁹⁷ (arts. 10, RD 1331/2006), y en los artistas que intervienen en espectáculos públicos (art. 6.4 R.D 1435/1985).

En definitiva, la exclusividad no es característica esencial ni inmanente al contrato de trabajo, pudiéndose restringir cuando la multiplicidad de trabajos conduzcan a un quebrantamiento de la buena fe²⁹⁸.

Es importante señalar que el Tribunal Constitucional ha modificado paulatinamente la orientación interpretativa, restringiendo el criterio que define el contenido de la competencia ilícita como causa de despido para lograr una mayor armonía entre la prohibición de competencia y los presupuestos constitucionales, en especial con la libertad de trabajo²⁹⁹.

En la actualidad, el contenido de la prohibición de concurrencia es menos restrictivo que en épocas pretéritas, alcanzando un mayor equilibrio

²⁹⁶ ALCÁZAR ORTIZ, S, et al.: "Régimen jurídico de la relación laboral especial del personal de alta dirección". Trabajo realizado en el marco del Proyecto "Derecho del Trabajo y Crisis Económica: del diálogo social a las intervenciones normativas". Referencia DER2010-16914 del Ministerio de Ciencia e Innovación. También forma parte de las líneas de investigación del Grupo de Investigación Consolidado del Gobierno de Aragón S07 Derecho del Trabajo. Universidad de Zaragoza y del Grupo de Investigación Pág. 16.

²⁹⁷ LUJÁN ALCARAZ, J: "La competencia del trabajador..." Ob. Cit. Pág.11-27.

²⁹⁸ BUEN LOZANO, N., MORGADO VALENZUELA, E.: "*Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*" 1º Ed. instituto de investigaciones jurídicas: estudios doctrinales, No. 188. p.1997.

²⁹⁹ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "Comentario al art. 35 CE", en CASAS BAAMONDE, M.E.: "*Comentarios a la CE*". Ed. Fundación Wolter Kluwer. Madrid. 2008. Pág. 940.

entre los mandatos constitucionales y la prohibición de competencia que repercute en un menor grado de afectación de estos derechos previstos en la norma fundamental. El ET, al contrario que su ley predecesora, restringe la extensión de la prohibición de competencia, circunscribiendo el juicio de reproche solo a aquella que cumpla con las características de deslealtad. La LCT/1944 vetaba la competencia del trabajador, aun careciendo esta de la connotación de deslealtad, dirigiendo la censura legal hacia toda actividad competencial desempeñada por el trabajador que pudiera repercutir negativamente en las expectativas del empresario.

La STC 192/2003, de 27 de octubre, precisa que las resoluciones judiciales se encuentran sujetas a un mayor rigor cuando queda afectado otro derecho reconocido por la Constitución, concediendo el amparo, dado que las resoluciones judiciales impugnadas interpretaron indebidamente la extensión del concepto de buena fe o lealtad, afectando la libertad de trabajo comprendida en el derecho al trabajo del art. 35.1 CE. Destaca el Alto Tribunal que el despido por realizar trabajos para otra empresa durante el periodo vacacional resulta infundado “en un sistema jurídico presidido por la libertad y el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), que hace posible, entre otros fenómenos, la prestación simultánea de servicios profesionales para dos o más empresarios, salvo casos de concurrencia desleal que afecten a intereses empresariales protegibles y sin perjuicio de los pactos de plena dedicación que puedan celebrarse entre empresario y trabajador (art. 21.1 LET) o de otros supuestos legalmente previstos, lo que conduce a la misma conclusión de reputar las resoluciones judiciales impugnadas como lesivas del derecho fundamental a la tutela efectiva”.

En esa misma dirección se pronuncia la Sentencia núm. 4/2006, de 2 enero (AS 2006\278), del TSJ de Madrid, que estima que ejerce lícitamente su derecho al trabajo en libertad aquel trabajador que procura encontrar otra salida laboral, sea por cuenta propia o ajena, en ejercicio de la libertad de elegir su camino profesional y realizar cuantas actividades crea convenientes al efecto, sin que ello vulnere ninguna obligación para con su empresa, ni pueda catalogarse como deslealtad, mientras no se realicen simultáneamente y

siempre que concurren los requisitos jurisprudencialmente exigidos. De modo contrario, se atentaría contra el derecho reconocido en el artículo 35.1 de la CE a la libre elección de profesión u oficio y a la promoción a través del trabajo cuando se sanciona al trabajador por dicha conducta que no supone una deslealtad.

El límite del derecho al trabajo durante el contrato de trabajo y posterior a la extinción de la relación laboral, representado por la prohibición de competencia desleal y por el pacto de no competencia post-contractual, respectivamente, está determinado por el alcance de la prohibición que debe amoldarse a la norma constitucional. Por ende, el ámbito de prohibición se delimita de acuerdo al criterio de la relevancia, ya sea del mercado del empleador o de la tarea o actividad alternativa realizada por cuenta ajena, dado que solo alcanzando la concurrencia dicha relevancia se faculta incidir sobre otros derechos constitucionales³⁰⁰.

Con todo, la jurisprudencia comprende que el art. 35 CE no ampara la competencia desleal del trabajador contra el empresario³⁰¹, pues la prohibición de concurrencia del trabajador no es ilimitada ni incondicionada.

22.2 La adecuación constitucional del pacto de no competencia post-contractual

El pacto de no competencia postcontractual resulta especialmente polémico en la valoración sobre si constituye o no una infracción al derecho al trabajo. Sin duda, dicho pacto limita la libertad de trabajar, pero no la vulnera, ni implica antijuridicidad por ser permitido por el ordenamiento jurídico y justificado por unos intereses legítimos, además de estar sujeto a unos

³⁰⁰ Ibídem. Pág. 930-948.

³⁰¹ SALA FRANCO, T. et al.: *“Relaciones Laborales 2011”*. 2º Parte. Capítulo XIV. Ed. Tirant Lo Blanch. 3º Ed. Valencia. 2011. Pág. 390.

requisitos que impiden el abuso de la limitación de este derecho constitucional³⁰².

El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 julio 1990 (RJ 1990\6467) expuso que la promulgación de la CE, al hilo de la consagración de derecho fundamental del artículo 35 que proclama el derecho al trabajo y el deber de trabajar, y que se refleja en el artículo 4.1 del ET, supuso una transcendental modificación en el régimen normativo de aquel deber laboral de no competencia postcontractual, que evolucionó de constituir una propia obligación legal a convertirse en un pacto específico, que exige el cumplimiento de precisos e indispensables requisitos.

La STSJ de Cataluña núm. 541/2010, de 26 enero (AS 2010\993), explica que el pacto de no competencia postcontractual supone una restricción de la libertad en el trabajo consagrado en el artículo 35 de la CE, estando sujeto a límites o restricciones, fijando el precepto laboral requisitos para su validez y licitud, su limitación en el tiempo, la justificación de un interés comercial o industrial por el empresario previendo por otro lado, el establecimiento se establezca una compensación económica. Estos límites se implantan para evitar el abuso en la restricción de la libertad en el trabajo, teniendo el pacto un doble interés: para el empresario, la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador, asegurarse una estabilidad económica extinguida el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo.

En el pacto de no competencia post contractual, existe un negocio jurídico bilateral basado en la voluntad concurrente de las partes sobre el ejercicio de un derecho fundamental, cuya causa de la obligación para el trabajador está en la cantidad recibida por la compensación directa, estando la vigencia condicionada a un periodo de tiempo que no causa derechos adquiridos al beneficiario de la obligación³⁰³.

³⁰² ESQUIBEL MUÑIZ, U.: *“Las denominadas cláusulas de rescisión...”* Ob. Cit. Pág. 275 ss.

³⁰³ SEGALÉS, J.: *“Derecho al trabajo, relación obligatoria...”* Ob. cit. Pág. 109.

La naturaleza específica del contrato también es un límite a los derechos fundamentales de los trabajadores, debido a que algunas actividades conllevan una relación de inherente conexión con un derecho fundamental que deriva en una restricción del trabajador que las realiza. Así, la obligación de los trabajadores de acuerdo al art. 1258 C.C., no solo se limita a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe y a la ley, incluyendo la restricción de sus derechos³⁰⁴.

El límite de la naturaleza del contrato explicaría la viabilidad jurídica de los pactos contemplados en el art. 21 ET, incluyendo el pacto de no competencia post-contractual, dado que una consecuencia de celebrar dichos pactos a la que también se obligan las partes, es la restricción de sus derechos, como sucede en los contratos de trabajo del personal de alta dirección.

Los pactos de dedicación exclusiva o permanencia en la empresa previstos también inciden directamente sobre la libertad de trabajo en su manifestación negativa, representada por el derecho a dimitir, aunque siempre sujeto a obligaciones compensatorias por la entidad de los derechos constitucionales afectados³⁰⁵.

En síntesis, la prohibición de competencia post-contractual se ajusta a los mandatos y límites impuestos al legislador por la Constitución española, por diversos motivos. En primer lugar, el legislador no vulnera el contenido esencial de la libertad de empresa ni de la libertad al trabajo, al realizar una ponderación razonable de los intereses involucrados. Su fundamentación radica en la protección del interés empresarial ante el riesgo de competencia del ex trabajador, quien es conocedor de información relevante cuyo aprovechamiento

³⁰⁴ CIDONCHA, A.: “*La libertad de empresa*” Ob. cit. Pág. 269, ss.

³⁰⁵ SEGALÉS, J.: “*Derecho al trabajo, relación obligatoria...*” Ob. Cit. Pág. 105.

podría causar perjuicios al empresario; aunque cabe aclarar que el riesgo no es predicable para todos los ex trabajadores dadas la naturaleza de las actividades desempeñadas previamente en la empresa, lo que conllevaría en ese supuesto a la vulneración de la libertad al trabajo³⁰⁶.

La legitimidad del interés protegido justifica las limitaciones de los derechos del trabajador inherentes al pacto de no competencia post-contractual. Así mismo, el establecimiento de unos requisitos de validez como la compensación económica, el interés empresarial y la fijación de un límite temporal dotan de proporcionalidad a las restricciones. Las características de proporcionalidad y justificabilidad permiten el respeto del contenido esencial de la libertad al trabajo y de la libertad de empresa del trabajador.

Además, la intervención del legislador para excluir parte del contenido del pacto de la aplicación del art. 1255 C.C. y fijar unos mínimos obedece al mandato constitucional de intervención legislativa en circunstancias tendentes a la vulneración de los derechos fundamentales de uno de los sujetos contratantes, sin que infrinjan la libertad contractual de los intervinientes, ya que el contenido sustraído a la voluntad de las partes es mínimo³⁰⁷.

Para finalizar, el principio constitucional de la libre competencia consagrado implícitamente a través del derecho fundamental de la libertad de empresa y de mercado consagrado en el art. 38 CE³⁰⁸ no resulta restringido por el pacto de no competencia post-contractual, debido a que es una herramienta necesaria para la defensa de intereses particulares de una de las partes contratante del mercado y, además, no son ilimitados en el tiempo o extensión³⁰⁹.

³⁰⁶ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *"El pacto laboral de no competencia..."* Pág. 68 ss.

³⁰⁷ *Ibíd.* Pág. 64 ss.

³⁰⁸ TARDÍO PATO, J.A.: *"Los principios generales del derecho"* Ob. Cit. p.184.

³⁰⁹ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *"El pacto laboral de no competencia..."* Ob. cit. Pág. 69.

En suma, la prohibición de competencia durante el contrato de trabajo y posterior a la finalización de este, compuesta por la abstención legal de competencia y el pacto de no competencia post-contractual se ajustan al ordenamiento constitucional español. El rigor de los requisitos exigidos para realizar el pacto refleja nítidamente la excepcionalidad de la limitación de la libertad profesional en cuanto a la categoría constitucional de su derecho³¹⁰.

³¹⁰ Importante resulta la fijación de requisitos para la celebración del pacto de no competencia postcontractual en el momento de valorar su adecuación a una normativa constitucional. Así se desprende de la sentencia del 18 de Julio de 1973 de la Corte Constitucional Colombiana mediante la cual declaró la inexequibilidad o inconstitucionalidad del pacto de no competencia postcontractual, consagrado en el art 44 del Código Sustantivo del Trabajo, denominado en ese contexto como cláusula de no concurrencia. Entre otros motivos, determinó que la ausencia de requisitos en la estipulación de no trabajar en determinada actividad o a no prestar sus servicios a los competidores de su empleador, una vez concluido su contrato de trabajo no produce efecto alguno. La sentencia pone de relieve que, aunque la finalidad esgrimida para la existencia de dicha cláusula se fundamenta en la protección de secretos o procedimientos industriales, el texto laboral no alude a estos y ni siquiera a la necesidad de que las actividades prohibidas sean similares a las ejercidas por los patronos, como condiciones de aplicación; lo que priva de pertinencia a los razonamientos esgrimidos sobre el interés que pretende preservarse, que además es protegido por disposiciones genéricas de buena fe en las relaciones laborales y la imposición de deberes de preservar los secretos técnicos o comerciales facultando a la terminación del contrato. Coincidió con los argumentos señalados en el voto discrepante de la sentencia, que destacan que la norma que posibilita la abstención de trabajar no es restrictiva, no limita ni infringe el deber de trabajar, sino que realmente tiene un carácter permisivo, que habilita que por un acto voluntario se pacte la posibilidad de no trabajar dentro de algunos límites; en otras palabras, desconoce e imposibilita el ejercicio de la autonomía de la voluntad para este derecho. Precisamente, en este punto relativo a la fijación de condiciones para la implementación de la obligación de no competencia postcontractual radica la principal diferencia respecto a la reglamentación de esta obligación en España, que permite la pacífica convivencia entre dicho precepto laboral y la constitución española. A todas luces, el precepto legal colombiano carecía de condiciones que impidieran una limitación injustificada del derecho y deber de trabajar, ya que omitía la necesidad de demostrar por parte del empresario el efectivo interés industrial o comercial. Sin embargo, la sentencia debió complementar el precepto legal, ya que, como resalta acertadamente el salvamento de voto, la cláusula de no concurrencia es admitida por la mayoría de las legislaciones del mundo y explicada por los autores de Derecho Laboral basándose en el concepto de lealtad, noción que no es extraña al régimen constitucional colombiano que garantiza la libertad de empresa y la libertad de iniciativa económica.

CAPITULO III

La prohibición legal de competencia desleal en el ámbito laboral del art. 21.1 ET

23. *Aproximación inicial*

La licitud del pluriempleo en el sistema jurídico español no admite cuestionamiento alguno. La dedicación exclusiva del trabajador como deber de obligatorio cumplimiento es habilitada por el legislador mediante pacto entre las partes, o por mandato legal previsto en el art. 21.1 ET, cuando las actividades laborales adicionales del trabajador en empresas del mismo campo de producción o comercialización afecten los intereses del empresario y ocasionen, por ende, una concurrencia desleal e ilícita³¹¹.

En los capítulos previos se ha precisado la naturaleza legal de la prohibición de competencia desleal del trabajador, que de facto excluye su nacimiento a la vida jurídica por acuerdo entre las partes. Es, por tanto, un deber básico de la relación laboral que se articula en torno al concepto de la buena fe objetiva, entendiéndose como una manifestación o expresión específica de esta.

La prohibición de competencia desleal está ligada al concepto de la buena fe contractual; debido a esto, el eje normativo no solo se circunscribe al art. 21 ET, sino que también está vinculado a los arts. 5 d), 20.2 54.2 ET. Se adscribe, por tanto, a un principio general del derecho, como lo es la buena fe contractual, concretándose la prohibición de concurrencia como un deber específico dentro de un deber o cláusula general amplísimo.

³¹¹ STSJ de Extremadura, (Sala de lo Social) núm. 576/2007 de 21 septiembre (AS 2007\3229), STS de 22 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7932), STS de 26 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9082), STS de 27 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6529), STS de 18 de Julio de 1989 (RJ 1989, 5874)

La normativa sobre competencia desleal tiene en cuenta la singularidad que presentan algunos sectores económicos. Aunque se encuentra focalizada en la ley especial de competencia desleal, para un sector doctrinal el art 21.1 ET consagra un mandato que impide la deslealtad en la relación laboral a través de la protección del interés empresarial.

La norma laboral que instituye la prohibición de competencia desleal del trabajador no define el concepto de competencia desleal; no obstante, la jurisprudencia ha establecido su concepto y demarcado sus contornos. En líneas generales, el comportamiento del trabajador se reputa desleal cuando va en contravía de las exigencias de la buena fe, defraudando la confianza depositada por el empresario, al anteponer sus intereses personales en detrimento de los intereses empresariales a través de la competencia que le opone a su empleador, para lo cual recurre a medios desleales.

El art. 21.1 ET establece una específica obligación de omisión de competencia desleal que recae en cabeza del trabajador, pero la norma laboral no precisa la consecuencia jurídica ante el incumplimiento. No obstante, armonizando el precepto jurídico con las demás normas laborales, entre ellas las relativas a la buena fe contractual y el art. 54.2 ET, que estipula la infracción a la buena fe como causa de despido, se entiende que es aplicable dicha sanción.

24. El principio de la buena fe en las relaciones jurídicas

La buena fe, como muchas otras instituciones jurídicas, es un legado del derecho romano. La *bona fides* romana establece una nueva lectura de los contratos y obligaciones de corte espiritualista en contraposición al formalismo contractual³¹². Esta vía de interpretación entiende que la relación jurídica incorpora el deber de una actitud leal, marcada por “*fidelidad y compromiso de*

³¹² MONTOYA MELGAR, A.: “*La buena fe en el derecho del trabajo*” Ob. Cit. Pág. 17.

cooperación”³¹³. Acogida la noción romana de *fides* por las legislaciones del siglo XIX, se instituye en los ordenamientos jurídicos el principio de buena fe como un instrumento de interpretación e integración normativa³¹⁴, que sirve para dotar de mayor alcance al contenido contractual.

La visión espiritualista que vincula al principio de la buena fe con las relaciones jurídicas se mantiene vigente en el ordenamiento jurídico español, que, a través de la jurisprudencia, ha expresado en abundantes ocasiones que la infracción al deber de buena fe por competencia desleal “*afecta al elemento espiritual del contrato y a sus consecuentes deberes éticos*”³¹⁵.

La consagración de la buena fe contractual es el resultado de la moralización de las relaciones jurídicas que se impone sobre el literalismo jurídico, para intentar garantizar consecuencias más justas. Esta moralización también se evidencia en la consagración de la moral como un límite de la autonomía de la voluntad según lo dispuesto en el art. 1255 C.C., y en la consagración de la ilicitud de la causa por oponerse a la moral³¹⁶.

Atendiendo a esto, la buena fe contractual tiene una connotación moral que impone un determinado modo de conducta; pero también tiene un contenido patrimonial, ya que, mediante su consagración legal, se defiende y salvaguarda el interés económico empresarial³¹⁷.

El ordenamiento jurídico asigna a la buena fe la categoría de principio general del derecho privado, y como tal es fuente del derecho³¹⁸, con plena vigencia en todas las áreas del derecho. En la normativa civil, donde se gesta

³¹³ MONTOYA MELGAR, A. “*Derecho al Trabajo*”. 30 Ed. Ob. Cit. Pág. 325.

³¹⁴ MONTOYA MELGAR, A.: “*La buena fe en el derecho del trabajo*” Ob. Cit. Pág. 17.

³¹⁵ Por todas, STS de 18 de Abril de 1984 (RJ 1984/2113)

³¹⁶ DIEZ-PICAZO, L.: “*Fundamento de derecho civil. Vol I*” 6ª Ed., Ed Thomson-civitas, Navarra, 2007. Pág. 59.

³¹⁷ MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del Trabajo*” 30ª Ed. Ob. Cit. Pág. 326.

³¹⁸ CONDE MARIN, E.: “*La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento integrador del contrato de trabajo*” 1ª ed. Ed. La ley. Madrid. 2007. Pág. 37.

este principio fundamentado en el derecho de obligaciones, se encuentra consagrada en los arts. 1258 y 7.1 C.C. En la normativa mercantil en el art. 57 C.C.o y, en el ordenamiento laboral, en los arts. 5, 20.2 y 54.d ET.

Para iniciar el estudio normativo de la buena fe, es necesario comenzar por el marco general previsto por la legislación civil. El art 7.1 C.C. establece que los derechos deberán ejercitarse de acuerdo a las exigencias de la buena fe; es decir, ciñe el ejercicio del derecho a las *“normas de la lealtad, de la confianza y de la consideración que el sujeto pasivo del derecho puede razonablemente pretender o esperar”*³¹⁹.

Este precepto refleja una de las funciones del principio de la buena fe, que es servir de límite al ejercicio de los derechos subjetivos, aunque, por otro lado, también es fuente de deberes de comportamiento³²⁰, como lo precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1991 (RJ 1991, 5151), que define a la buena fe “como un modelo de conducta social que actúa como límite al ejercicio de los derechos (art. 7.1.º C.C.), y como exigencia que ha de aplicarse en cumplimiento de las obligaciones (art. 1258 C.C.)”.

El art. 1258 C.C. puntualiza que las obligaciones de las partes que suscriben un contrato no se limitan a lo expresamente pactado. En la misma medida, en el ordenamiento laboral los deberes del trabajador contraídos en virtud del contrato de trabajo no se circunscriben solamente a la realización de una actividad o la prestación de un servicio, sino que involucran también las obligaciones específicas derivadas del deber de buena fe.

En ese sentido se expresa la Sentencia núm. 403/2011, de 22 noviembre, AC 2011\1621, de la Audiencia Provincial de Valladolid, que recuerda las reglas generales fijadas por el Código Civil en el ámbito contractual, específicamente en el art. 1258 C.C., que dispone que las obligaciones a las que se comprometen las partes van más allá de la libertad

³¹⁹ DIEZ-PICAZO, L.: *“Fundamento de derecho civil. Vol. I”* Ob. Cit., Pág. 62.

³²⁰ Ibídem. Pág. 70.

contractual y de lo expresamente pactado, abarcando la confianza de la otra parte en la declaración, y todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Por su parte, la STS, de 4 de diciembre de 1956 (RJ 1956, 332), afirma que las consecuencias genéricas establecidos en el artículo 1258 C.C. han de armonizarse con las más específicas que para cada contrato y para cada supuesto contiene el Código Civil.

Conforme a lo expuesto, las obligaciones contractuales nacidas de un vínculo jurídico de naturaleza civil, mercantil, administrativo o laboral no solo vinculan a los sujetos a lo pactado; en virtud del principio general de la buena fe, las partes también se obligan a que las actuaciones se desarrollen dentro de unos lineamientos de lealtad, honorabilidad y probidad³²¹.

Como derivación de su condición de principio general del derecho, se atribuye a la buena fe una función informadora de todo el ordenamiento jurídico, una función integradora³²² que completa los vacíos o lagunas dejados por el legislador o por las partes. Y también se le reconoce una función correctora y limitativa en la interpretación de derechos que determina las consecuencias jurídicas que genera la norma³²³. La función interpretativa o hermenéutica del contenido contractual abarca la asignación de derechos y deberes de honestidad y lealtad para los sujetos intervinientes³²⁴.

La buena fe contractual puede interpretarse desde dos perspectivas diferentes, debido a la duplicidad de su significado. Por un lado, responde a un

³²¹ GARCÍA VIÑA, J.: “*La buena fe en el contrato de trabajo...*” Ob. Cit. Pág. 54.

³²² LASARTE ALVAREZ, C.: “La protección del consumidor como principio general del derecho” en “*Libro homenaje al profesor Manuel Albarejo García. I*” 1ª Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia 2004. Pág. 2638 ss. El autor explica que la buena fe, los usos y las costumbres son señalados como medios integradores del contrato.

³²³ CONDE MARIN, E.: “*La buena fe en el contrato de trabajo...*” Ob. Cit. Pág. 57 ss.

³²⁴ DIEZ-PICAZO, L.: “*Fundamento de derecho civil. Vol. I*” Ob. Cit. Pág. 64.

criterio subjetivo que se refiere a la “honradez subjetiva”³²⁵ o valoración errónea de la persona que actúa convencida de que su conducta es legítima y ajustada a derecho, lo cual lo exime de responsabilidad³²⁶. Por otra parte, obedece a un criterio objetivo, que consiste “en dar al contrato debida efectividad para que se realice el fin propuesto, lo que exige comportamientos justos, adecuados, y reales”³²⁷.

El Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social), en Sentencia de 4 junio 2002 (AS 2003\1543), aclara que la buena fe consagrada por el ordenamiento jurídico laboral “no es la subjetiva o psicológica del sujeto, sino la que resulta de su consideración objetiva”. Complementa la sentencia del TS de 22 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2609), en la que se hace constar que la buena fe “se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza”. Expresado en otros términos por la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de Enero de 1985 (RJ 1985, 42), la buena fe es un “criterio impositivo del actuar humano en función de su interés exclusivo con pérdida del sentido de la utilidad común”.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), en sentencia núm. 348/2002, de 19 abril (RJ 2002\3306), señala que “la buena fe objetiva es un límite del ejercicio de los derechos subjetivos que se consagra en el art. 7.1 CC, en el que se contiene una exigencia de conducta ética significada por los valores de la honradez, la lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena”

El Tribunal Supremo, en sentencia 1235/1991, de 4 de marzo, señaló que la buena fe en un sentido objetivo “constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible, que impone un comportamiento arreglado a valoraciones

³²⁵ Ibídem. Pág. 60.

³²⁶ MONTOYA MELGAR, A.: “La buena fe en el derecho del trabajo” Ob. Cit. Pág. 23.

³²⁷ STS de 6 de Marzo de 1999 (RJ 1999, 1854)

éticas, que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos, con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce a en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza”.

De su lado, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, (Sala de Social), Sentencia 268/2007, de 29 marzo (AS 2007\2323), precisa que “la buena fe contractual hace referencia a un conjunto obligacional que se incorpora a la relación jurídica de manera implícita, complementando el contenido pactado expresamente estipulado, y que afecta tanto al propio vínculo como a su realización, identificable en cualquiera de las relaciones jurídicas, y que comprende el conjunto de derechos genéricos, que inherentes al hecho de participar en una comunidad jurídica se integra en cualquier ámbito jurídico particular. Existiendo en conclusión, una obligación del trabajador, de lealtad consistente en una actividad positiva o negativa de colaboración en la buena marcha de la empresa, evitando su perjuicio”.

24.1 La función de la buena fe como límite de derechos subjetivos

Díez Picazo realiza una tipificación de derechos subjetivos cuya extralimitación viola el mandato de la buena fe, recogiendo tres situaciones específicas que configuran la infracción: el abuso del derecho, el ejercicio de pretensiones retrasadas y las acciones que pueden verse representadas en la frase latina *venire contra factum proprium*³²⁸, que consagra que nadie puede ir contra sus propios actos³²⁹.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 73/1988, de 21 abril, manifiesta que la doctrina de los actos propios consiste en “la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido

³²⁸ DIEZ-PICAZO, L.: “*Fundamento de derecho civil. Vol. I*”. Ob. Cit. Pág. 63.

³²⁹ STS (Sala de lo Social) de 16 septiembre 1982 RJ 1982\5026, consagra que “Nadie puede ir contra sus propios actos” que implica entrar en contradicción o ir en contravía de un acto propio de naturaleza vinculante.

objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos”. La teoría de los actos propios puede verse atenuada en su adaptación a las distintas áreas del derecho. En específico y en el derecho laboral, por el principio de irrenunciabilidad de derechos del trabajador previsto en el art. 3.5 ET³³⁰.

Por vía jurisprudencial, se han puntualizado cuales son las exigencias para configurar la doctrina de los actos propios. En primera medida, las partes deben haber celebrado un negocio jurídico o haber mostrado su interés en quererlo celebrar³³¹. Además, “la conducta vinculante debe estar formada por actos que sean jurídicamente eficaces”³³², debido a que “la dejación temporal de un derecho, no puede subsanar un acto nulo y convertirlo en válido y eficaz”³³³. No puede considerarse transgredida la teoría de los actos propios cuando el empresario no ha realizado declaración tácita o expresa, o condonación de la sanción disciplinaria, o no ha consentido la conducta del trabajador sin que se diera una respuesta sancionadora; ni es lícito que el autor accione contra los actos que el mismo ha ejecutado, si estos por ser trascendentales causan una situación jurídica inalterable³³⁴.

En este orden de ideas, la tolerancia empresarial, traducida en el conocimiento previo sin reproche o sanción del empleador de las circunstancias

³³⁰ STS (Sala de lo Social) de 30 mayo 1983 (RJ 1983\2434) señala que el percibo de una retribución inferior a la convenida sin reproche del trabajador no constituye asentimiento o aquiescencia, por lo que la diferencia de cantidad puede ser reclamada por vía judicial.

³³¹ STS (Sala de lo Social) de 24 febrero 2005 (RJ 2005\2914) explica que la doctrina de los actos propios exige que el sujeto del que se reclama una determinada conducta se encuentre vinculada en el negocio jurídico o que haya dado muestras de querer participar de este.

³³² STS (Sala de lo Social) de 13 julio 1982 (RJ 1982\4610) no hay contradicción de actos propios cuando la conducta originada es un acto jurídicamente nulo.

³³³ STS (Sala de lo Social) de 1 abril 2003 RJ 2004\5406

³³⁴ STS (Sala de lo Social) de 17 diciembre 1990 RJ 1990\980.

que luego imputa para acreditar la competencia desleal, excluye la transgresión de la buena fe contractual. Dicha tolerancia se evidencia cuando la empresa, antes de iniciar la relación laboral, tenía conocimiento de que la esposa del trabajador era propietaria de un negocio de venta al minorista de productos que la empleadora distribuye al por mayor³³⁵.

La tolerancia y el retraso en el ejercicio del poder disciplinario del empresario ante conocidas infracciones del trabajador no pueden conllevar una súbita y sorpresiva sanción disciplinaria. En consecuencia, y si el empresario ha resuelto renunciar a su actitud tolerante, debe poner previamente en conocimiento del trabajador que la futura realización de su infracción podrá acarrear la imposición de la sanción disciplinaria, que estará sujeta, en todo caso, a los plazos prescriptivos del art. 60.2 ET³³⁶.

La sanción disciplinaria que ha estado precedida por la actitud tolerante del empleador hacia la infracción del trabajador es un claro ejemplo de la extralimitación de derechos subjetivos que vulnera la buena fe, en concordancia con el mandato del art. 7.1 CC, ya que el titular del derecho ejerce pretensiones atrasadas cuando su actitud tolerante hizo creer al sujeto pasivo que no sería ejercitada, siendo a todas luces inadmisibles estas pretensiones aunque no haya prescrito la acción³³⁷.

24.2 El principio de la buena fe en la relación jurídica laboral

Como se ha mencionado previamente, la buena fe es un principio general que impregna las relaciones jurídicas en todas las áreas del derecho, incluyendo al derecho laboral, que juega un papel muy relevante por la especial

³³⁵ STSJ de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social) núm. 1301/2006 de 31 julio AS 2006\2424 ya que dicha información era de conocimiento de la empresa desde antes de iniciar la relación laboral, además de que la esposa era cliente habitual de esta empresa

³³⁶ MONTOYA MELGAR, A.: “*La buena fe en el derecho del trabajo*” Ob. Cit. Pág. 85.

³³⁷ DIEZ-PICAZO, L.: “*Fundamento de derecho civil. Vol I*” Ob. Cit. Pág. 63.

relación jurídica que entablan los sujetos intervinientes que involucra la confianza de las partes.

Además de la confianza inmersa en la celebración de un contrato de trabajo, el carácter personal y duradero³³⁸ de la relación laboral son características diferenciadoras respecto a otro tipo de relaciones jurídicas, que dotan de mayor protagonismo a la buena fe.

La jurisprudencia resalta la implicación que tiene la buena fe contractual como inhibidor de comportamientos perjudiciales del trabajador hacia su empleador, afirmando que “el cumplimiento leal y de buena fe de las obligaciones dimanantes del contrato laboral proscrib[e], sin duda, cualesquiera actuaciones del trabajador intencionalmente dirigidas a inferir un daño moral o material al empleador”³³⁹.

El Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social), en sentencia de 4 diciembre 2000 (AS 2001\2972), resalta precisamente la importancia de la buena fe en la relación laboral por su carácter personal, destacando que “es fundamental en el tráfico jurídico que los sujetos acomoden su actuación a los deberes de lealtad y buena fe que deben presidir las relaciones, y con mayor razón las derivadas del contrato de trabajo, que es «intuitu personae»”.

Por otro lado, Díez Picazo destaca que la confianza otorga una peculiar trascendencia a la buena fe en la relación laboral, por el vínculo cercano entre estos dos conceptos, que se evidencia desde la raíz misma del término *fides*, al ser la confianza una acepción de éste, hasta el punto de asociarse la infracción

³³⁸ MONTOYA MELGAR, A.: “*La buena fe en el derecho del trabajo*” Ob. Cit. Pág. 25. Refiere como factores que dotan de una particular importancia al principio de buena fe en la relación laboral: La durabilidad de la relación jurídica laboral y su carácter intuitu persona.

³³⁹ STS, de 11 de noviembre de 1981, entre otras muchas (RJ 1981\4409), STC (Sala Primera) núm. 6/1988 de 21 enero, RTC 1988\6.

de la buena fe con la lesión de la confianza objetiva y razonable que se ha generado³⁴⁰.

También destaca la importancia de la confianza en la infracción a la buena fe, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Comunidad Valenciana, (Sala de lo Social), de 31 enero de 2003 (AS 2003\3231), que expresa que el eje central de la infracción a la buena fe es la vulneración de la confianza y demás valores consagrados implícitamente en este principio general, sin que sea necesario para estimar su vulneración la causación de perjuicios o daños. Así mismo, acorde a la doctrina jurisprudencial³⁴¹, hace constar que la buena fe consiste en unos deberes de conducta intrínsecos al contrato de trabajo, que deben guiar la ejecución del mismo; implica un comportamiento ético que se materializa a través de la exigencia de los valores de lealtad, honorabilidad, probidad y confianza, que se erigen como límites al ejercicio de los derechos y que vincula en correspondencia recíproca a las partes.

Los lineamientos impuestos por la buena fe estandarizan un prototipo de conducta entre las partes que acuerdan establecer relaciones contractuales. La sentencia 331/2011, de 17 de noviembre de 2012, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, afirma que la buena fe obliga al trabajador a que actúe con honestidad, rectitud y lealtad, conforme a criterios morales y sociales imperantes en cada momento histórico y a las exigencias derivadas de las obligaciones asumidas en el contrato de trabajo. El trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones debe actuar con probidad, celo y lealtad, en aras del buen orden laboral, de los intereses del empresario y de la confianza depositada en él.

Cabe resaltar que el deber de buena fe no es unidireccional, si no que vincula a las dos partes contratantes en sus prestaciones recíprocas. Así pues, el empresario también está obligado a actuar dentro de los lineamientos y

³⁴⁰ DIEZ-PICAZO, L.: *"Fundamento de derecho civil. Vol. I"*. Pág. 67.

³⁴¹ STSJ de C. Valenciana, (Sala de lo Social) 22 de septiembre 1998 (AS 1998, 3875).

límites que impone la buena fe contractual, en el ejercicio del poder disciplinario, y en el ejercicio de los demás potestades, derechos y deberes. Incluso y como resalta Montoya Melgar, el deber de buena fe en la relación laboral también vincula a otros sujetos, como a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales, y hasta a los empresarios en la relación que establecen entre ellos mismos³⁴².

Ahora bien, la buena fe exigida en la relación laboral es de carácter objetivo, puesto que normativiza unos valores de buena fe que expresan un modo de conducta específico de acuerdo al contexto social e histórico en el cual se desarrolla la relación jurídica³⁴³. Es una regla de conducta con funciones normativas que impone, en el desarrollo de la relación contractual, un comportamiento leal y honesto con la contraparte³⁴⁴.

En consecuencia, la prestación de servicios del trabajador debe guiarse por la buena fe contractual, que, de acuerdo a la jurisprudencia, conlleva “no sólo actuar de forma no maliciosa, sino que se exige considerar la buena fe como elemento normativo del contrato, más que como elemento intelectual o volitivo del actor infractor”³⁴⁵. En la figura del trabajador, la buena fe objetiva representa la obligación de prestar sus servicios beneficiando los intereses objetivos que “derivan de su posición en el mercado, de los cuales dependen las dos partes”³⁴⁶.

El significado del principio de buena fe en la relación laboral ha sido construido principalmente por vía jurisprudencial. En palabras del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), en Sentencia 186/1996, de 25 noviembre, este

³⁴² MONTOYA MELGAR, A.: “*La buena fe en el derecho del trabajo*” Ob. Cit. Pág. 19.

³⁴³ GARCÍA VIÑA, J.: “*La buena fe en el contrato de trabajo...*” Ob. Cit. Pág. 45 ss.

³⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 46 ss.

³⁴⁵ STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de Social) núm. 268/2007 de 29 marzo AS 2007/2323.

³⁴⁶ GALANTINO, DIRITTO DEL LAVORO, TURÍN (GIUPPICHIELLI EDITORE), 1992, Pág. 341, en GARCÍA VIÑA, J.: “*La buena fe en el contrato de trabajo...*” Ob. Cit. Pág. 56 ss.

principio no supone, “la existencia de un deber genérico de lealtad con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales (STC 120/1983, fundamento jurídico 2.º y 4/1996, entre otras), ya que los derechos fundamentales de la persona reconocidos por la Constitución la acompañan en todas las facetas de la vida de relación y también en el seno de la relación laboral”

La doctrina y la jurisprudencia han coincidido en el carácter general e indeterminado de la buena fe, siendo, por tanto, un concepto jurídico amplio, de contornos indeterminados, cuyo carácter general requiere ser individualizado y especificado en cada caso³⁴⁷. Dada la ausencia de tipicidad de los supuestos que pueden adscribirse al art. 5 ET, existe una amplia variedad de conductas que pueden ser acogidas como infracción al deber de buena fe y constituir justa causa del despido disciplinario al amparo del art. 54.2.d ET³⁴⁸.

En consecuencia, el trabajador es deudor tanto de la prestación laboral como de las obligaciones específicas derivadas del principio de buena fe, que constituyen manifestaciones concretas, comprendidos aquellos comportamientos que generen perjuicios al empresario, como la divulgación de secretos o la aceptación de beneficios de un tercero, además de la prohibición de competencia desleal³⁴⁹.

24.2.1 Evolución histórica del deber de buena fe en el contrato de trabajo

Los arts. 82 LCT/1931 y 70 de la LCT/1944³⁵⁰ retrataban el deber de fidelidad, extraído del derecho germánico, en términos muy similares³⁵¹. La

³⁴⁷ ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., ET AL: “La jurisprudencia de la buena fe en el contrato de trabajo...” Ob. Cit.

³⁴⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “*El contrato de trabajo: la extinción...*” Ob. Cit. Pág.426.

³⁴⁹ MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del Trabajo*” 30ª Ed. Ob. Cit. Pág. 325.

³⁵⁰ El art. 80 de la LCT de 1931 formulaba que el trabajador deberá fidelidad a la empresa y a la casa para la que trabajen. Por su parte, en la LCT de 1944 disponía también en el artículo 70 el

LCT de 1931 estipulaba en el art. 82 que los trabajadores debían fidelidad a la empresa y a la casa en la que laboraban³⁵². En la LCT de 1944, el epicentro de las obligaciones del trabajador también era el concepto de fidelidad estipulado en el art. 70 ET, entendido como la lealtad del trabajador con la empresa y sus intereses patrimoniales y la diligencia en sus funciones o labores, que se tradujo en un deber excesivo de obediencia y subordinación³⁵³. Por su parte, el art. 77 de la LCT/1944 contemplaba entre las causas de despido la infracción al deber de fidelidad.

Sin embargo, cabe destacar que el deber de fidelidad y la buena fe contractual tienen notorias diferencias, en cuanto que el primero es un deber unilateral y el segundo es de carácter bilateral. Así, la fidelidad, a diferencia de la buena fe, no implica la reciprocidad del empresario, aunque si su protección y vigilancia³⁵⁴. El ET, en cambio, se refiere expresamente al deber de buena fe, superando la noción de fidelidad de las LCT.

Montoya Melgar resalta que la censura de la doctrina a la noción de fidelidad llevó al legislador laboral a realizar la modificación nominativa del concepto jurídico sobre la cual se había articulado la exigencia de fidelidad en la relación laboral, que pasó de ser denominada deber de fidelidad a ser designado en el ET/1980 por un concepto más neutral y ecuánime, comprendido por la buena fe. En su opinión, esta reforma no representó ningún cambio importante en la jurisprudencia, ya que mantuvo la línea de interpretación previa a la innovación terminológica, interpretando el concepto de buena fe de acuerdo a los derroteros fijados para el concepto de fidelidad, sin excederse en una extensión ilimitada del deber de buena fe, aplicando la

deber de fidelidad del trabajador hacia la empresa en la que trabajen, y en el art 77 establecía como justa causa de despido la infracción al deber de fidelidad.

³⁵¹ CONDE MARIN, E: “*La buena fe en el contrato de trabajo...*” Ob. Cit. Pág. 93 ss.

³⁵² MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del Trabajo*” 30ª Ed. Ob. Cit. Pág. 325.

³⁵³ CONDE MARIN, E.: “*La buena fe en el contrato de trabajo...*”. Ob. cit. Pág. 93 ss.

³⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 94.

teoría gradualista y sin avalar toda sanción extintiva de la relación laboral³⁵⁵. También destaca este autor que, al contrario de lo expuesto por la doctrina sobre el deber de fidelidad en aquel contexto histórico de los años 40, este no correspondía a un deber amplio y absoluto, sino a un deber delimitado y razonable, necesario para el correcto desarrollo del tráfico mercantil y para la prestación de servicios y, por tanto, asociado al proceso de mercantilización del derecho privado y no a una visión jurídico autoritaria³⁵⁶.

24.2.2. La presencia del deber de buena fe en la prohibición de concurrencia desleal del trabajador

Cabe cuestionarse si no es suficiente con la consagración genérica de la buena fe para sancionar, en el ámbito laboral, la concurrencia desleal, siendo entonces redundante la consagración específica del art. 21.1 ET. Aflora como respuesta el posible carácter enfático que pudiera querer darle el legislador a esta específica vía de infracción a la buena fe, consagrándola de forma expresa y no bajo la generalidad que ofrecen los arts.5.a y 20 ET.

La competencia desleal del trabajador es una de las vías por las que se conduce a la transgresión de la buena fe contractual³⁵⁷. El incumplimiento del deber de no concurrencia y, por ende, la transgresión al deber de buena fe es tipificado en el ordenamiento laboral como justa causa para imponer la máxima sanción disciplinaria al trabajador instituida en el art. 54.2.d: la extinción de la relación jurídica por medio del despido. Y ello, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda generar dicha conducta ilícita en otras áreas del derecho: la responsabilidad contractual por daños y perjuicios (arts. 1.101 y ss.

³⁵⁵ MONTOYA MELGAR, A.: “*La buena fe en el derecho del trabajo*” Ob. Cit. Pág. 51.

³⁵⁶ MONTOYA MELGAR, A.: “*La buena fe en el derecho del trabajo*” Ob. Cit. Pág. 55-59. El autor no es partidario de la crítica a la jurisprudencia de aquella época, pues considera que no interpretaba el deber de buena fe en una extensión ilimitada, ni castigaba toda infracción con despido, ya que reconocía la aplicación de la teoría gradualista como lo prueba la STS de 10 de junio de 1947 que en la valoración jurídica recurre a la teoría gradualista.

³⁵⁷ STS 22 de febrero de 1990, (RJ 1135), STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social) de 2 febrero 2010 (JUR 2010\148240)

del C.C.) y la responsabilidad penal, si se incurre en la comisión de delitos, como el descubrimiento o la revelación de secretos de empresa (arts. 278 y 279 del Código Penal)³⁵⁸.

Además del marco general dictado por la normativa civil, el marco específico del derecho del trabajo formula en el art. 5.a ET el deber básico de buena fe. De su lado, el art. 20.2 ET dispone su reciprocidad en la relación laboral y el 54.2.d ET fija como justa causa de despido la infracción al deber de buena fe. Así mismo, el art. 5 d) ET formula como uno de los deberes básicos de los trabajadores el no concurrir con la actividad de la empresa. La específica configuración de la concurrencia prohibida se precisa en el art. 21 ET. De la normativa general y específica se desprende, como se mencionó previamente, que el deber de no concurrencia está íntimamente ligado al deber de buena fe; su interrelación se infiere, precisamente, por la norma laboral que acoge el deber de buena fe (arts. 5 y 21 ET)³⁵⁹.

La doctrina judicial ha señalado reiteradamente, a través del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), por ejemplo, en sentencia 628/2008, de 3 julio, que la exigencia de buena fe objetiva es el elemento nuclear del precepto sobre competencia desleal, ya que “supone un límite del derecho a desarrollar libremente una actividad en el tráfico económico, subordinando la libre iniciativa y su desenvolvimiento a unos arquetipos o modelos de conducta socialmente aceptados y requeridos, pero ponderados en la perspectiva del buen orden en el desarrollo del mercado”.

Entonces, el deber de no concurrencia es una expresión de buena fe³⁶⁰, siendo por tanto, el deber de buena fe el concepto específico, la especie, inmersa en el concepto genérico, donde está acotado aquel.

³⁵⁸ SALA FRANCO, T. et al.: “*Relaciones Laborales 2011*”. Ob. Cit. Pág. 389.

³⁵⁹ SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “La competencia entre la sociedad y sus directivos” Ob. Cit. Pág. 10.

³⁶⁰ LUJAN ALCARAZ, J: “La competencia del trabajador con su empresa” Ob. Cit. Pág. 11-27.

En mérito de lo expuesto, la obligación de no competir con el empresario se encuentra enlazada al deber genérico de buena fe y, simultáneamente, se instituye como deber autónomo del trabajador, e independiente del cumplimiento estricto de las obligaciones de su puesto de trabajo³⁶¹. En aras de discernir con mayor claridad estos dos conceptos tan conectados, es oportuno agregar una diferenciación: mientras que el deber de buena fe vincula tanto al trabajador como al empresario, el deber no de concurrencia desleal, por el contrario, es unidireccional y recae en exclusiva sobre el trabajador.

Ahora bien, acorde a la interpretación espiritualista del contrato, la doctrina judicial³⁶² ha señalado que se da la vulneración a la buena fe, por vía de la infracción de competencia desleal, cuanto el infractor tiene conciencia de que su actuación “afecta al elemento espiritual del contrato y a los deberes éticos, rompiendo, su práctica, las reglas éticas y hombría de bien al postergar el interés de la empresa a la que está ligado por el afán personal de obtener beneficios ampliando y traspasando, unilateralmente, la órbita de su debida actuación profesional. Elemento intencional de la acción desleal respecto de la empresa, que remunera su trabajo y le facilita medios, que luego utiliza en propio provecho y en perjuicio del empleador”.

A la luz del art. 73 LCT, se presumía “*iuris tantum*” que existía la competencia desleal del trabajador cuando este trabajara en la misma o similar actividad de las que desempeñaba en virtud de la relación laboral, especialmente cuando los trabajos se desarrollaban en la misma ciudad sin consentimiento del empresario³⁶³.

A pesar de lo expresado, hay que reconocer que parte de la jurisprudencia comprendía que no era posible la aplicación de la teoría gradualista ante una infracción por competencia desleal, debido a que la

³⁶¹ SEMPERE NAVARRO. A.V.: “Despido disciplinario y preparación...” Ob. Cit. Pág. 7-28

³⁶² STS de 14 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3709), STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 542/2005 de 28 junio (AS 2005\1658)

³⁶³ STCT de 15 noviembre. RTCT 1983\9654. STCT de 24 noviembre. RTCT 1981\6850

intencionalidad de la acción dotaba de indivisibilidad a la conducta grave y culpable, vulneradora de la buena fe contractual sin importar si efectivamente el trabajador obtenía un provecho económico que ocasionara un perjuicio al empleador, mereciendo, por ende, la máxima sanción disciplinaria. Desde esta perspectiva, lo esencial en la valoración es la afectación al elemento espiritual del contrato³⁶⁴, por la vulneración de las obligaciones de fidelidad y lealtad, que se acredita por la prevalencia de los intereses personales del trabajador sobre los intereses empresariales aún sin que exista lucro del trabajador o perjuicio del empresario³⁶⁵.

No obstante, la orientación jurisprudencial giró mayoritariamente hacia la aplicación de la teoría gradualista³⁶⁶, basada en la proporcionalidad entre la falta y la sanción, reservando como medida extrema la imposición del despido.

Según Sempere Navarro, se estima que existe concurrencia desleal cuando el trabajador presta sus servicios, o tiene interés en una empresa distinta a la del empresario principal, orientada a la misma potencial clientela causando un perjuicio al empresario³⁶⁷.

La infracción al principio de buena fe por vía de la concurrencia desleal justifica la imposición de la sanción más severa, el despido, que constituye la extrema ratio del poder disciplinario del empresario que conlleva como consecuencia inmediata a la extinción del contrato³⁶⁸.

³⁶⁴ STS de 14 de Mayo de 1987 (RJ 1987, 3709) refiere que la infracción al deber de concurrencia afecta al elemento espiritual del contrato y quebranta los deberes éticos.

³⁶⁵ Suscriben la interpretación de la inaplicación de la teoría gradualista las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 enero (RJ 1990\170) y 17 septiembre 1990 (RJ 1990\7014), STS de 26 de enero de 1987 (RJ 1987\130. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 466/1998 de 19 mayo, (AS 1998\5308), entre otras.

³⁶⁶ STSJ de Islas Baleares, (Sala de lo Social) de 12 abril 1991 (AS 1991\2814) destaca la aplicación de la teoría gradualista del Tribunal Supremo, en las sentencias de 24 Septiembre 1989 (RJ 1989\7423), y sentencia de 22 de mayo de 1987 (RJ 1987\3857)

³⁶⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V: *“El contrato de trabajo: la extinción...”* Ob. Cit. Pág. 438.

³⁶⁸ La jurisprudencia coincide en atribuir a la deslealtad la consecuencia jurídica de despido, como se expresa en la STS 20 de Enero de 1990, RJ 170, entre otras.

La causal de despido por infracción de buena fe contractual, entendida como una inobservancia de las obligaciones de fidelidad con conocimiento del trabajador de su conducta infractora, puede cobijar numerosos comportamientos graves y culpables del trabajador, sin que requiera de un dolo específico, siendo suficiente con la negligencia culpable, sin necesidad de que deba producirse un perjuicio económico real para la empresa³⁶⁹.

24.2.3 El principio de buena fe y la prohibición de concurrencia en la relación laboral del alto directivo

Las ventajas que cualquier trabajador puede obtener por conocer desde adentro las particularidades de las empresas de la competencia se agudizan en una relación laboral edificada sobre la base de la confianza, ya que debido a ésta se le otorga una especial posición en la organización empresarial, teniendo, por ende, mayor acceso a la información de gestión, producción y comercialización de la empresa. Sin duda alguna, la mayor extensión de la prohibición de concurrencia en los altos directivos se justifica por el mayor grado de perjudicialidad de los intereses empresariales que irradia la competencia de quien dirige y gestiona la unidad empresarial.

La Ley de Relaciones Laborales de 1976, por primera vez, reguló la relación jurídica de alta dirección, catalogándola como relación laboral especial. Hasta entonces, habían sido excluidas del ámbito de la legislación laboral en la codificación previa, ya que el Código de Trabajo de 1926, la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, y la posterior de 1944 las consideró ajenas a su regulación por la autonomía en sus labores, dada la singularidad de sus actividades. Por

³⁶⁹ El Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 289/2012 de 31 enero (AS 2012\2861) recuerda “la dedicación a actividades de la misma o similar naturaleza o rama de producción de que se están ejecutando en virtud del contrato de trabajo, sin autorización del empresario, siempre que la misma, al generar interés contrapuestos para el trabajador, perjudique a aquel; presumiéndose «*luris tantum*» -como ha declarado reiterada jurisprudencia- que todo trabajo en actividad idéntica o similar, máxime si se desarrollan la misma ciudad, produce tal perjuicio; real o potencial y que no hayan sido consentidos por éste”

ende, ante la ausencia de regulación laboral, estaban regladas por la normativa civil y mercantil en lo relativo a los factores y administradores de sociedades³⁷⁰.

En la actualidad, el art. 2.1 ET consagra el carácter especial de esta relación laboral, que también está sometida en menor medida por la normativa civil y mercantil, pero principalmente disciplinada por el RD 1382/1985 de 1 de Agosto.

Las características distintivas de la relación de alta dirección respecto a la relación ordinaria residen en la naturaleza del vínculo jurídico y de las funciones del alto cargo, que consisten en “ejercitar poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad”³⁷¹.

La jurisprudencia expresa que las facultades y atribuciones consustanciales a la titularidad directiva que identifican a esta relación especial se sintetizan en los requisitos establecidos por vía jurisprudencial, que consisten en la “delegación de primer grado -perspectiva vertical– y autonomía estratégica –perspectiva horizontal”³⁷².

El art. 2 RD 1382/1985 hace alusión a la confianza recíproca en esta particular relación laboral. La lealtad exigida se incrementa para estos trabajadores, porque tienen deberes y obligaciones que implican un grado superior de responsabilidad y confianza, como consecuencia lógica de estar inmersa en el poder de dirección y con acceso directo a la información más

³⁷⁰ IGLESIAS CABERO, M, IGLESIAS SANZ B.: “Puntos críticos de la relación laboral de carácter especial de alta dirección. *Manual Práctico Laboral. Cap I. El Contrato de trabajo y las relaciones laborales. Extraído de Vlex. 1999.*

³⁷¹ Art.1.2 Real Decreto 1382/1985 de 1 de Agosto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

³⁷² STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 670/1999 de 21 diciembre AS 2000\732 Expresa la sentencia que el trabajador con una relación laboral de alta dirección sustituye al empleador en la prestación de servicios por cuenta propia, que en la empresa realizaría el empleador.

calificada y sensible de la empresa³⁷³. Bien lo expresa el Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Santa Cruz, en Sentencia 24/2000, de 13 enero, (AS 2000\2008), cuando afirma que la mayor importancia que ostenta la prohibición de concurrencia para el trabajador de alta dirección viene dada por la reciprocidad, confianza y por la posición ventajosa que ocupa, que puede materializarse en la desviación de clientela para su provecho, entre otras conductas desleales.

El art. 8.1 RD 1382/1985 amplía la extensión del ámbito de prohibición de la competencia desleal previsto en el art. 21 ET, puesto que prohíbe celebrar contrato con otra empresa, aun cuando sus actividades se desarrollen en otro ramo. La regla general que consagra la licitud del pluriempleo en las relaciones ordinarias se invierte en esta relación especial, admitiéndose solo si se ha suscrito pacto en contrario o si media la autorización del empresario, la cual se presume si la otra empresa es pública y no se realizó la exclusión en el contrato laboral.

De otro lado, el art. 8.3 faculta a las partes a suscribir el pacto de no concurrencia post-contractual, cuyos términos y requisitos son plenamente coincidentes con el art. 21 ET, en lo que es una práctica transcripción de un texto jurídico a otro.

El art. 11 de la norma reglamentaria contiene las reglas relativas al despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo, cuyas causas son las previstas en el ET, además de algunas especiales previstas en la norma reglamentaria. La singularidad de la relación jurídica representada por el activo rol de la voluntad de las partes está presente tanto en el nacimiento, como en el desarrollo y extinción³⁷⁴. En palabras del Tribunal Supremo, esta singular relación laboral implica un régimen especial de extinción caracterizado

³⁷³ STSJ de Murcia, (Sala de lo Social) núm. 386/2005 de 4 abril (AS 2005\607)

³⁷⁴ IGLESIAS CABERO, M, IGLESIAS SANZ B.: “Puntos críticos de la relación laboral...” Ob. Cit.

por el desistimiento indemnizado sin causa y la exclusión de la readmisión³⁷⁵. El amplio margen de acción que la autonomía individual tiene en la relación laboral especial de alta dirección concede a las partes libertad en la fijación de la duración del contrato, pudiendo extinguirla por desistimiento en cualquier momento³⁷⁶.

Iglesias Cabero afirma que no es admisible la revocación empresarial de la autorización de pluriemplearse cuando ya se ha iniciado la relación laboral, sin que sea previamente aceptada por el alto directivo y debidamente compensada, debido a que conllevaría un desequilibrio en las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador. Argumenta, también, que es válido que el empleador pacte en el contrato de trabajo la reserva de la potestad de pronunciarse durante la relación laboral sobre la dedicación exclusiva del trabajador. La limitación de prestar servicios para diferentes empresas se circunscribe a aquellas actividades que se desarrollen en igual, análogo o conexo campo de actividades del empleador³⁷⁷.

24.2.4 Relación entre el deber de buena fe objetivo y los pactos art. 21 ET

La estrecha relación existente entre el deber de buena fe y la prohibición legal de competencia desleal no admite discusión. En cambio, no puede afirmarse categóricamente que exista relación entre el deber de buena fe y los pactos laborales del art. 21 ET; entiéndase, pacto de no competencia post contractual, pacto de plena dedicación y pacto de permanencia.

Al respecto, López Anierte difiere de la doctrina que suele considerar los pactos como manifestaciones del deber de buena fe, ya que las obligaciones de dedicación exclusiva, de no competencia post contractual y de permanencia

³⁷⁵ STS 26 de Abril de 2001 (RJ 2001, 4609).

³⁷⁶ LÓPEZ GANDÍA, J.: *“Las relaciones laborales especiales”* Editorial Bomarzo, Albacete, 2008. Pág. 84 ss.

³⁷⁷ IGLESIAS CABERO, M., IGLESIAS SANZ B.: *“Puntos críticos de la relación laboral...”* Ob. Cit.

solo pueden resultar de un acuerdo celebrado entre empresario y trabajador y no vienen impuestas por la exigencia de buena fe, debido a que las restricciones legales al pluriempleo son incompatibles con las libertades constitucionales al trabajo³⁷⁸.

A juicio de Sirvent Hernández, la exigencia de realizar un pacto para la exigibilidad de las distintas obligaciones contenidas en el art. 21 ET es de gran significancia para demostrar que, en virtud de la diferenciación que eso supone con la competencia desleal, ésta es la única manifestación del deber de buena fe objetiva; por ende, no son obligaciones implícitas de ese principio, ni inherentes al contrato de trabajo. En su especial análisis del pacto de permanencia, argumenta que el deber de buena fe a lo sumo cumple con una función informadora; es decir, sirve de fundamento para el pacto, ya que, como es apenas lógico, debido a la especialización recibida por el trabajador con cargo a su empresa, es esperable que permanezca en su empresa por un tiempo suficiente para que la empresa obtenga beneficios de su trabajo³⁷⁹.

De su lado, Pedrajas Moreno también duda respecto a la conexión entre el deber de buena fe y el pacto de no competencia post contractual, porque en su criterio, una vez extinguido el contrato laboral, concluye en su estricta dimensión la exigencia del deber de buena fe contractual³⁸⁰.

En suma, los institutos regulados en el art. 21, excluyendo a la competencia desleal, no son manifestaciones de la buena fe objetiva ni pueden considerarse deberes adicionales implícitos en el contrato de trabajo. A diferencia de la competencia desleal, los pactos regulados por el art. 21 precisan de acuerdo de voluntades previo para establecer las respectivas obligaciones: de no competir posterior a la extinción del contrato, de exclusividad en la prestación laboral y de fijar un tiempo de permanencia en la

³⁷⁸ LOPEZ ANIORTE, M.C.: *“La competencia del trabajador...”* Ob. Cit. Pág. 13.

³⁷⁹ SIRVENT HERNANDEZ, N.: *“El pacto de permanencia en la empresa”* Ob. Cit. Pág. 107.

³⁸⁰ PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T.: *“El pacto de no concurrencia postcontractual”* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. Pág. 12 ss.

empresa. Estos deberes, por tanto, no emanan del contrato de trabajo y en consecuencia, su incumplimiento no puede considerarse una vulneración al deber de buena fe.

24.2.5 El deber de buena fe en las relaciones laborales especiales

El deber de buena fe es exigible a todos los trabajadores. No obstante, dada la naturaleza de algunas relaciones laborales en las que hay peculiares características que involucran mayor responsabilidad y confianza en el puesto de trabajo, se intensifica su grado de exigencia³⁸¹.

En este grupo de trabajadores se encuentran los dependientes de comercio, el personal de alta dirección y las personas que intervengan en operaciones mercantiles sin asumir el riesgo y ventura³⁸².

No es novedad que el vínculo jurídico que une a los comerciantes y sus colaboradores o auxiliares este acompañado de mayores exigencias de lealtad. Desde antaño, la relación jurídica entre estos, fuese de naturaleza mercantil o

³⁸¹ GARCÍA VIÑA, J.: “*La buena fe en el contrato de trabajo...*” Ob. Cit. Pág. 285 ss. Construye de acuerdo a criterios jurisprudenciales, una clasificación de 7 supuestos laborales donde hay una especial presencia de la buena fe. El primer supuesto, es en los puestos de trabajo de confianza tales como la relación laboral de alta dirección. El segundo supuesto son los puestos de trabajo que intervienen de forma determinante en las actividades de la empresa a través de labores directivas o que involucran contacto con clientes. El tercer supuesto son los cargos con alta responsabilidad. El cuarto supuesto, los cargos de relevante categoría. El quinto supuesto son los puestos de trabajo con una asignación económica importante. El sexto supuesto son los puestos de trabajo en los que el trabajador realiza una prestación laboral que pueda ser un ejemplo y modelo de conducta. Finalmente, puestos que presentan una cierta autonomía en cuanto a su desarrollo. A su vez, tomando como base lo anterior, se puede clasificar en 4 grupos. El primer grupo está conformado por los puestos de trabajo independiente en el cual el grado de autonomía de acción del trabajador es bastante amplio, ya sea porque el empresario está ausente, o porque los trabajos son realizados fuera del centro de trabajo, lo cual facilita que pueden incurrir en competencia desleal. El segundo grupo son los puestos de trabajo que tienen reflejo económico o de gestión que permite acceso a información relativa a clientela, producción, sobre el mercado, el sistema organizativo, sobre proveedores u otra información relevante para el funcionamiento de la empresa. El tercer grupo, los puestos de trabajo que tienen especial contacto por el público. El cuarto y último grupo, los puestos de trabajo que manejan dinero.

³⁸² El cercano vínculo por un lado entre la relación laboral de los representantes de comercio con el contrato mercantil de agencia, y por otro, entre el contrato de trabajo del personal de alta dirección frente al contrato civil de mandato, recuerdan el origen mercantil de la regulación de estas relaciones laborales.

de naturaleza laboral, ha estado dotada de una mayor dimensión ética³⁸³ en equivalencia a la particularidad de sus funciones que involucran una alta dosis de confianza que refuerza la obligación de buena fe contractual. En este grupo, se encuentran los colaboradores independientes del empresario que no suelen desempeñar sus funciones en el ámbito geográfico de la empresa, como los agentes comerciales o personas que intervienen en operaciones mercantiles sin asumir riesgo y ventura³⁸⁴.

El RD 1438/1985, de 1 de agosto, reglamenta la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles sin asumir el riesgo y ventura de tales operaciones. El art. 9.b RD establece como obligación del trabajador evitar actuaciones que puedan suponer competencia desleal. Así mismo, en el art. 9.f de la citada norma reglamentaria, se estipula la obligación de no prestar servicios a empresas competidoras.

En determinadas relaciones laborales ordinarias también se puede acentuar el deber de buena fe por la naturaleza de las funciones desempeñadas por el trabajador.

25 Elementos de la prohibición legal de competencia desleal

Habiendo establecido que la buena fe contractual es la pieza central que sustenta la prohibición de competencia desleal en la relación laboral, es momento de describir los elementos que conforman el supuesto normativo contenido en el art. 21.1 ET, empezando por el ámbito subjetivo para proseguir luego con el ámbito objetivo.

³⁸³ MENENDEZ, A.: "Auxiliares del empresario" Rev. Der. Merc. No 72. 1959. Pág. 274-275, en MONTOLYA MELGAR, A.: "La buena fe en el derecho del trabajo" Ob. Cit. Pág. 24.

³⁸⁴ FERNÁNDEZ RUIZ J.L., MARTÍN REYES M.A: "Fundamentos de derecho mercantil. Tomo I: Concepto y fuentes, empresa y empresarios individuales y sociales. Primera parte. Concepto y fuentes del derecho mercantil. 4ª ed. Edersa. 2004. ISBN: 84-8494-080-2. Extraído de: <http://vlex.com/source/458>

25.1 El ámbito subjetivo de la prohibición

El sujeto obligado sobre el que recae la obligación de abstención de competencia desleal siempre será el trabajador, y el sujeto beneficiario será el empresario.

25.1.1 El deudor de la obligación: el trabajador

La prohibición legal de competencia desleal va dirigida al trabajador, siendo este el sujeto pasivo, obligado o deudor de la obligación. El sujeto pasivo sobre el que recae la obligación de no competir deslealmente es el trabajador, entendido como aquella persona física que presta servicios de forma voluntaria, dependiente y por cuenta ajena para una persona natural o jurídica denominada empleador, en contraprestación de una retribución, ya sea que se desempeñe en una relación laboral común o en una relación laboral especial (art.1.1 ET).

El art. 21 ET, al igual que el conjunto de las demás normas laborales contenidas en este mismo texto legal, son de aplicación para todos los trabajadores por cuenta ajena, de acuerdo con el art. 1.1 ET, excluyendo a los funcionarios en el art. 1.3.a. E.T. Así mismo, el art. 2 ET dispone que algunos trabajadores estén cobijados por regímenes especiales.

De esta manera, el trabajador es el sujeto obligado a observar el deber de no concurrencia desde que se inicia la relación laboral hasta la finalización de la misma. Del mismo modo, para que el empresario pueda exigir el cumplimiento del deber de no concurrencia debe haber una relación laboral vigente, dado que una vez finalizada la relación laboral no se puede exigir que siga acatando este deber.

La prohibición de concurrencia del art 21.1 ET no se aplica a supuestos que no sean de trabajo subordinado, ya que la redacción emplea terminología

que alude inequívocamente a conceptos de la relación laboral, como trabajador, empresario y prestación de servicios³⁸⁵.

La prohibición de competencia desleal en algunas relaciones laborales especiales remite a lo previsto por el régimen general del Estatuto de los Trabajadores. Tal es el caso de la relación especial de artistas en espectáculos públicos (art. 6.1 RD 1435/1985), deportistas profesionales (art. 7.5 del RD 1006/1985) y minusválidos que trabajan en centros especiales de empleo (art. 9 RD 1368/1985). No obstante, la asunción de la prohibición no es homogénea en todas las relaciones laborales especiales, existiendo también algunas que contemplan la prohibición de competencia desleal desde su propio régimen jurídico, previendo una normativa particular que contiene leves modificaciones que no varían el análisis respecto a lo dispuesto en la regulación general. Ejemplo de esto es la relación especial del personal de alta dirección (RD 1382/1985), las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios por riesgo y ventura de aquellas (RD 1348/1985)³⁸⁶. Por su parte, para los artistas en espectáculos públicos, (RD 1435/1985 art.6.4) se exige constancia expresa en el contrato en cuanto a la dedicación exclusiva.

25.1.2 El destinatario, beneficiario, acreedor: el empresario

El sujeto activo y beneficiario de la prohibición es el empresario, definido con mayor precisión como empleador, de acuerdo a su posición jurídica laboral como acreedor del trabajo y deudor del salario³⁸⁷. El art. 1.2 ET define al

³⁸⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: "Límites a la competencia..." Ob. Cit. Pág. 27. El autor plantea la reflexión sobre si el ámbito subjetivo de la prohibición aplica a supuestos a que no sean de trabajo subordinado, respondiendo que la la colocación sistemática del precepto dentro de la LCT y el sentido literal que habla de contrato de trabajo, trabajado y empresario, se aplica exclusivamente a supuestos de trabajadores subordinados.

³⁸⁶ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "*La prohibición de competencia desleal...*" Ob. Cit. Pág. 148 ss.

³⁸⁷ BORRAJO DACRUZ, E.: "*Introducción al derecho del trabajo*". 21ª Ed. Tecnos. Madrid. 2012. Pág. 163. Resalta el autor que dicho concepto de empleador se construye en reflejo al concepto del trabajador, definiendo al empleador como "la persona física o jurídica o cualquier otra entidad a ellas asimilada, reciba en cesión originaria el servicio que presta un trabajador,

empresario en su acepción de empleador, términos que se emplean sinonímicamente en el ET, aunque a veces no aludan al mismo significado, puesto que existen titulares de una organización productiva que no son empleadores y viceversa³⁸⁸.

Pueden ser empleadores las personas físicas o jurídicas, sean de derecho privado o de derecho público, los sujetos de derecho desprovistos de personalidad jurídica, como las comunidades de bienes, las empresas de trabajo temporal, así como todos los sujetos de derecho, por su aptitud para constituir válidamente relaciones jurídicas y crear derechos y obligaciones³⁸⁹, que reciben el trabajo prestado por cuenta ajena y dentro de su ámbito de organización y dirección, siendo acreedor del trabajo y deudores del salario³⁹⁰.

La STSJ núm. 2/2010 de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social) de 24 febrero (JUR 2010\145547), afirma que lo determinante para descubrir quien ostenta la posición jurídica de empresario es la identificación del rol material que ocupa en la relación de trabajo, si es titular de los derechos y obligaciones que surgen de la relación y si se es el ejecutor material de esos derechos y deberes.

A pesar de su obviedad, no sobra aclarar que el destinatario de la prohibición de concurrencia debe ser el empresario-empleador, ya que por definición la competencia desleal busca proteger el interés empresarial y debe generar un perjuicio que, ante formas de empleo para los trabajos domésticos o comunidades de vecinos, no tendría cabida. Cabe matizar que lo importante es la prestación de un servicio y no la concepción de empresa desde la óptica

dentro de la organización fijada por aquella, a cambio de una retribución o salario, para que quede constituida como empresario en la relación del trabajo.

³⁸⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *“Tratado de contratos”*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, Pág. 227.

³⁸⁹ DE LA VILLA GIL, L.E.: *“El empresario laboral”* Ed. Tirant La Blanch. 1º. Ed. Valencia. 2010. Pág. 13.

³⁹⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *“Tratado de contratos”*, Ob. Cit. Pág. 227.

mercantil³⁹¹; pero también hay que considerar que entre los elementos de la competencia desleal, es necesario que el trabajador realice tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando en virtud del contrato de trabajo, que causen un perjuicio real o potencial, que aunque no haya originado un perjuicio, influya la actividad del trabajador en el ámbito de mercado de la empresa, generando una auténtica y real competencia. En definitiva, el empresario puede ser, además de una empresa, un grupo de empresas y, más en general, cualquier entidad con o sin ánimo de lucro³⁹².

25.1.3 La identificación del empresario-beneficiario en estructuras empresariales complejas

No representa ningún desafío identificar cual es el empresario beneficiario de la obligación en el estereotipo de relaciones laborales bilaterales en el que el empresario tiene una única personalidad jurídica. Mayor complejidad representan algunas relaciones laborales que involucran una pluralidad de empresas, donde la figura del empleador se presenta más difusa ofreciendo un panorama menos diáfano para el trabajador que tiene un vínculo laboral directo o indirecto con varias empresas. En estas estructuras empresariales complejas, ya sea en supuestos de interposición, subcontratación o grupo de empresas, para establecer quién es el beneficiario de la prohibición deberá hacerse una interpretación restrictiva³⁹³ para evitar una excesiva limitación de los derechos del trabajador.

La correcta identificación del empresario-empleador no es un asunto baladí. Como es sabido, la prohibición de competencia del trabajador busca proteger el interés empresarial. Por tanto, el análisis de los elementos de la

³⁹¹ NEVADO FERNANDEZ, M.J.: “*Las restricciones a la competencia...*” Ob. Cit. Pág. 71.

³⁹² CIDONCHA A.: “*La libertad de empresa*” Ob. Cit. Pág. 224. “El ánimo de lucro no es un criterio definidor de la empresa. Una fundación o una sociedad cooperativa pueden ser titulares de la libertad de empresa en tanto ejerzan una actividad empresarial, actividad que a su vez es factible que esté orientada a la obtención de beneficios económicos con los que satisfacer fines no lucrativos”

³⁹³ CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: “*Prohibición de competencia...*” Ob. Cit. Pág. 112.

competencia desleal, así como de los pactos, se realiza desde la óptica de la empresa, en aras a determinar cuál es la actividad empresarial protegida contra la competencia y, por ende, prohibida al trabajador, tanto en la competencia desleal, como en la competencia post-contractual. Su trascendencia también incide en la legitimidad para suscribir los pactos y ocupar una posición activa en la relación jurídico-procesal.

En síntesis, se trata de establecer qué empresario y qué actividad empresarial son el punto de referencia y de comparación para determinar el ámbito de lo prohibido para el trabajador, así como quién tiene la legitimación activa para concurrir al proceso judicial.

25.1.4 El beneficiario de la prohibición en la subcontratación laboral, cesión ilegal y ETT

El ordenamiento jurídico distingue dos tipos de subcontratación laboral teniendo como criterio diferenciador la correspondencia entre la propia actividad del comitente y la obra o servicio encomendado. En cualquiera de estos dos tipos de contrata, sean de propia actividad u ordinarias, el empresario, a efectos de determinar el beneficiario de la prohibición de competencia, es quien tiene el vínculo contractual laboral. Por consiguiente, *“la actividad del contratista es la referencia para la abstención de competencia de los trabajadores a su servicio y la actividad del comitente para los suyos”*³⁹⁴. En síntesis, cada empresario, sea el principal o el contratista, responde por los trabajadores por él contratados. Así el beneficiario de la prohibición en supuestos de interposición y subcontratación “será el que resulte ser el empleador cuando no conste inequívocamente quien lo sea”³⁹⁵.

Ahora bien, en la cesión ilegal, la actividad prohibida será la realizada por la empresa cedente, por ser la empleadora formal. Por otra parte, en las

³⁹⁴ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “La prohibición de competencia desleal...” ob. Cit. Pág. 157

³⁹⁵ CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: “Prohibición de competencia...” Ob. Cit. Pág. 112 ss.

empresas de trabajo temporal, los trabajadores que no van a ser prestados tendrán como empresario de referencia a la ETT y la actividad prohibida será, por consiguiente, la actividad de ésta. Sin embargo, la actividad prohibida será tanto la de la ETT, como la de la empresa usuaria cuando el trabajador está en misión en la empresa usuaria³⁹⁶.

25.1.5 El beneficiario de la prohibición en los grupos de empresa

La organización en grupos de empresas puede materializarse a través de numerosas manifestaciones, que en materia de los deberes del trabajador dificultan enunciar una única premisa válida.

A efectos laborales, el grupo de empresas no es un concepto equivalente al grupo de sociedades del derecho mercantil, debido a los especiales elementos que la jurisdicción social valora relacionados con la organización de trabajo del grupo, que incide en un campo de aplicación más restringido y en una interpretación del concepto de grupo de empresas de menor extensión que la acogida en el ámbito mercantil. La sentencia 215/2012, de 26 de Marzo (AS 2012/1482) del TSJ de Madrid, recoge la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que estipula que, “en concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales(...). En definitiva, la mera presencia de administradores o accionistas comunes, o de una dirección comercial común, o de sociedades participadas entre sí no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales”.

De acuerdo a lo anterior, la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas de grupo permite inferir que el grupo de empresas funciona como un

³⁹⁶ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “*La prohibición de competencia desleal...*” Ob. Cit. Pág. 159.

único empresario en el ámbito laboral, siendo, por ende, el grupo de empresas el beneficiario de la prohibición de competencia. La STS (Sala de lo Social), de 9 junio 1995 (RJ 1995\4885), manifiesta que, cuando existe el grupo de empresas, “opera frente a los trabajadores como empresario real y único, esta consideración que es indiscutida frente a los derechos de los trabajadores, ha sido también aceptada por esta Sala en algunas de las obligaciones de éstos con respecto al empresario y, así la Sentencia de 22 marzo 1991 (RJ 1991\1889), considera que existe transgresión de la buena fe cuando se trabaja para una tercera empresa cuya actividad coincide con una de las empresas del grupo, aunque no sea concretamente aquella para la que de hecho se está trabajando, es decir, se considera al grupo de empresas como un empresario único”.

La doctrina jurisprudencial recogida ha fijado cuando se está ante la presencia de un grupo empresarial; luego si no se cumplen las características fijadas, no puede estimarse la existencia de este y, por tanto, no puede extenderse la obligación de concurrencia desleal a una empresa del grupo distinta a la que le contrató. La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Enero de 1998 (RJ 1998, 1062) recoge las características que deben observarse en un grupo empresarial, estableciendo que actúan como tal aquellas en la que concurren los siguientes: funcionamiento unitario o integrado de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, prestación de trabajo indirecto o común, simultáneamente o sucesivamente en favor de varias empresas, creación de empresas aparente sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales, confusión de plantillas, confusión de patrimonios y apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

Además de fijar estos elementos, la citada sentencia precisa que “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, ni más, una responsabilidad solidaria”. Adiciona además que “la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad”; de este modo, “si la concurrencia de estos elementos

adicionales hace extensiva la responsabilidad al grupo, los deberes laborales del trabajador para la empresa formalmente contratante habrán de hacerse extensivos las empresas que configuran el grupo, y viceversa”.

En este orden de ideas, si concurren los elementos fijados por la jurisprudencia para establecer que un grupo empresarial constituirá efectivamente un empleador único, será exigible al trabajador la abstención de concurrencia desleal en beneficio de todas las empresas que conforman el grupo. En concordancia, los tribunales han valorado la ampliación del ámbito de la prohibición a todo el grupo empresarial cuando el trabajador creo una empresa que realiza la misma actividad que una empresa filial del empleador, que es la empresa matriz, porque actuaba como el verdadero único empleador y cumplía con los supuestos jurisprudenciales para calificarlas como un grupo empresarial³⁹⁷. Así también, cuando el trabajador de alta dirección, conocedor de la estrategia empresarial del grupo empresarial para el que laboral, se vincula a una empresa que compite con una de las empresas que conforman el grupo empresarial, perjudica a la empresa aunque esta no sea su empresario directo³⁹⁸.

De conformidad con lo anterior, ante la ausencia de uno o de varios de los elementos que según la doctrina jurisprudencial revelan la presencia de una

³⁹⁷ STS (Sala de lo Social) de 22 marzo 1991 RJ 1991\1889. Partiendo de estos presupuestos fácticos hay que entender que ambas empresas formalmente distintas eran parte integrante de un grupo empresarial, habiendo actuado la dirección de este grupo como el verdadero empleador único del actor, al que encomendó la función de dirección y fiscalización de ambas en Santa Cruz de Tenerife; debiendo reiterarse la doctrina de esta Sala -sentencias de 8 de octubre de 1987 (RJ 19877, 6973) y 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8605) entre otras- en el sentido de que se ha de reconocer una única relación de trabajo, no rescindida por la existencia formal de varias empresas, cuando el grupo que las aglutina actúa efectivamente como ámbito funcional unitario de una determinada relación, individual de trabajo, aun cuando el trabajador desempeñe, sucesiva o simultáneamente, funciones en las distintas empresas que integran el grupo; todo ello, sin perjuicio, obviamente, de la responsabilidad solidaria de todas ellas frente al trabajador.

³⁹⁸ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 276/2011 de 25 abril (AS 2011\1635). “concurrency desleal ya que se trata de un directivo al servicio de la misma, que conoce la estrategia del grupo, por asistir a sus reuniones, y que participa en otra sociedad, que concurre con la actividad de al menos de una de las empresas que lo integran, hasta haberse hecho la empresa competidora con un contrato de suministro que hasta ese momento ejecutaba otra empresa del grupo para la que trabajaba, sin que pueda oponerse a ello que el demandante no trabajaba directamente para esa otra empresa del grupo, pues éste, como tal, también se ve afectado por esa concurrencia desleal”

unidad empresarial, no podrá concluirse que el trabajador incurrió en concurrencia desleal. Al hilo de lo expuesto, no podrá estimarse la concurrencia desleal cuando las empresas que predicen pertenecer al grupo no asuman la responsabilidad solidaria del grupo respecto a las obligaciones laborales, no siendo pertinente exigir la responsabilidad del trabajador hacia el grupo empresarial por competir con una empresa integrante del grupo, que no es su empresa contratante³⁹⁹. Además de no haber acreditado la responsabilidad solidaria del grupo, tampoco pudo evidenciarse la unidad de dirección o de caja, que permitieran señalar al grupo empresarial como un sujeto único de imputación que sirviese de referencia tanto para los derechos como para los deberes acaecidos por la relación laboral⁴⁰⁰.

Castiñeira Fernandez sugiere que el ámbito de la prohibición del trabajador se limite a la empresa contratante y no a todo el grupo empresarial, si las empresas integrantes del grupo tienen diversas actividades y no tienen personalidad jurídica⁴⁰¹. López Aniorte plantea igualmente que el ámbito de la prohibición de los trabajadores se limite a la actividad de la empresa filial que los contrató y a las que pertenezcan al mismo sector en los supuestos de actuación diferenciada entre las empresas del grupo que posibilita la identificación de la estructura orgánica y la actuación de cada filial⁴⁰².

En sintonía con la teoría restrictiva propuesta por Castiñeira y López Aniorte, la doctrina judicial entiende que no hay concurrencia desleal porque no se produce dentro del mismo plano de actuación de la empresa principal, cuya actividad difiere totalmente de otra empresa del grupo empresarial que es con

³⁹⁹ GONDRA J.M: "La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del derecho) Revista de Derecho Mercantil. No 288 (abril-junio 1998) Pág. 531 ss en CIDONCHA A.: "*La libertad de empresa*" Ob. cit. Pág. 221. No sobra recordar que el elemento decisivo para imputar al empresario la condición jurídica de empresa es la asunción de responsabilidad en el desarrollo de la actividad empresarial. El autor reseña "empresario es la persona física o jurídica que asume frente a terceros con cargo a su patrimonio las consecuencias jurídicas de la actividad empresarial.

⁴⁰⁰ STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, Sentencia núm. 764/2000 de 25 octubre JUR 2001\91859

⁴⁰¹ CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: "*Prohibición de competencia...*" Ob. Cit. Pág. 113.

⁴⁰² LOPEZ ANIORTE, M. C.: "*La competencia del trabajador con su empresa*" Ob. Cit. Pág. 41.

la que se presenta la coincidencia de actividad de la trabajadora. Aunque pertenezcan a un mismo grupo empresarial, no puede exigírsele a la trabajadora que tenga conocimiento de una empresa distinta de la que trabaja, que además desempeña una actividad completamente diferente y sin conexión con la realizada por su empleador inmediato, actividades que, asimismo, no se vislumbran como incompatibles⁴⁰³.

En oposición a este pronunciamiento, la STSJ de Aragón núm. 913/1994 de 16 noviembre (AS 1994\4214) señala, en el marco de un recurso de suplicación interpuesto por el trabajador cuyo despido fue declarado procedente por realizar actos de competencia desleal, que las empresas filiales de un mismo grupo tienen independencia de organización y de actividades a realizar, aunque pertenezcan a una misma empresa matriz, lo cual “no autoriza a desconocer la estructura orgánica y la específica actividad de cada una, al punto de identificarlas en orden a la competitividad; de manera que los empleados de una y otra vienen constreñidos por la distribución de productos atribuidos singularmente a cada una, salvo que la propia dirección hubiera impuesto o autorizado una actuación indiferenciada”.

En el supuesto de la transmisión de empresa se entiende que hay un cambio de titularidad del empleador, pero que el nuevo empresario se subroga en la totalidad de las obligaciones y derechos derivados de la relación laboral⁴⁰⁴, siendo plenamente exigible la observancia del deber de no

⁴⁰³ STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social) Sentencia núm. 827/2002 de 1 octubre JUR 2002\257967. Despido improcedente de trabajadora que labora en empresa de construcción y entra en competencia con una empresa del grupo empresarial que tiene como actividad la correduría de seguros. Estima el tribunal que “la concurrencia prohibida -que se apunta en la sentencia de instancia- requiere que la actividad concurrente se produzca dentro del mismo plano de actuación al que desarrolla la empresa principal- empresa constructora- en términos de competencia con ésta por ir dirigida a potencial clientela idéntica, con ofrecimiento de bienes o servicios similares; e, igualmente, dicha actuación ha de ser desleal, al aprovechar los conocimientos adquiridos en la empresa principal para favorecer la actividad concurrente o desviar la clientela de aquélla en beneficio de esta última.

⁴⁰⁴ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 6755/2004 de 5 octubre AS 2004\3449. “En nuestro ordenamiento jurídico rige la regla según la cual el cambio de titular de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extingue, por sí mismo, la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior y respondiendo ambos solidariamente de esta última”

conurrencia por el nuevo empresario, sin que el trabajador pueda argumentar tolerancia empresarial del antiguo empleador⁴⁰⁵.

26 Ámbito objetivo de la prohibición de concurrencia desleal del trabajador

La prohibición de competencia desleal en la relación laboral ha tenido un escaso tratamiento doctrinal. Una apreciación reiterada de la doctrina en esta materia es la parquedad⁴⁰⁶ en la redacción del art. 21.1 ET, que reduce a unas escasas frases la enunciación de la prohibición. Debido a esto, el contenido de la prohibición se ha esculpido a base de interpretaciones jurisprudenciales.

Nogueira Guastavino recoge las teorías doctrinales que interpretan el contenido de la prohibición de concurrencia desleal, sistematizándolas en cuatro grandes grupos. La primera teoría, de cuestionable amplitud, perpetua la interpretación de la norma en los términos de la LCT/1944, entendiendo que la mera coincidencia de actividades del trabajador en el sector o rama de actividad de su empresario configura la deslealtad, sin reparar en el tipo de actividad realizada. La segunda interpretación, con poco arraigo entre la doctrina judicial, propone la equiparación de la prohibición laboral de competencia desleal con la prohibición de competencia desleal mercantil contenida en la LCD. La tercera interpretación, acogida mayoritariamente por la doctrina judicial, exige la presencia de la deslealtad como un elemento añadido a la concurrencia del trabajador, debiendo concurrir ambos elementos para valorar que se ha cometido la infracción. Finalmente, la cuarta interpretación es la construida por la autora, denominada teoría de la competencia relevante no consentida, que consiste en la realización de competencia relevante del

⁴⁰⁵ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 466/1998 de 19 mayo, (AS 1998\5308), se subrogó totalmente en todos los derechos y obligaciones de la empresa anterior y, por tanto, se le podían imputar al actor, como efectivamente ha hecho y no lo hizo anteriormente la subrogada Ramiro G. R., los hechos que figuran en la carta de despido y que se declaran probados

⁴⁰⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “La competencia desleal del trabajador y el perjuicio empresarial”. BIB 1997\813. AS vol. I parte Presentación, Pamplona. 1997. Resalta la parquedad del artículo 21.1 ET. Así también, NOGUEIRA GUASTAVINO, M: “*La prohibición de competencia...*”. Ob. Cit. Pág. 167. Destaca los problemas de redacción del art. 21.1 ET.

trabajador por realizar actividades competenciales sin consentimiento del empresario, que planteen un riesgo objetivo de menoscabar los intereses empresariales y la ausencia del consentimiento del empleador⁴⁰⁷.

Aunque esta teoría se edifica como una reacción doctrinal a las carencias presentadas por las otras teorías judiciales, no ha sido acogida jurisprudencialmente, quizás porque instituye elementos no contenidos en la redacción normativa del art. 21.1 ET, como la ausencia del consentimiento empresarial o la relevancia de la actividad o del mercado. Además, puede constituir un mecanismo preventivo exagerado, debido a que sanciona como desleal conductas meramente concurrentes sin que efectivamente se hayan utilizado medios desleales, que es precisamente uno de los ejes estructurales de la consagración normativa del art. 21.1 E.T. Esta interpretación tan solo requiere que el trabajador esté en una situación de conflicto de intereses que pueda representar una amenaza a la empresa.

27 Los elementos que conforman el supuesto normativo del art. 21.1 ET: concurrencia y deslealtad

Al margen de las distintas interpretaciones referidas, la redacción del precepto laboral enseña que hay dos elementos centrales que conforman la prohibición: la concurrencia y la deslealtad. Así lo entiende el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988/7097), que recoge los elementos exigidos para enjuiciar la concurrencia desleal. En primera medida, alude a que la actividad censurada por concurrente “se produzca dentro del mismo plano de actuación al que desarrolla la empresa principal, en términos de competencia con ésta, por ir dirigida a potencial clientela idéntica, con ofrecimiento de bienes o servicios similares”. En segundo lugar, cita la deslealtad de la actuación concurrente, la cual se genera cuando “el trabajador,

⁴⁰⁷ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “*La prohibición de Competencia Desleal...*” Ob. Cit. Pág. 175 ss. Explica la autora la teoría que propone diferenciando los supuestos de la competencia por cuenta propia y por cuenta ajena. La concurrencia desleal por cuenta propia se configura cuando el trabajador compete en el mercado relevante del trabajador sin consentimiento de su empleador. Por otra parte, se configura por cuenta ajena cuando se emplea en otra mercantil, si con la empresa empleadora realiza actividades relevantes, que deriva en un perjuicio efectivo a los intereses de su empleador.

con olvido de lo que exigen las leyes de la fidelidad, aprovecha los conocimientos adquiridos con ocasión de su prestación de servicios a la empresa principal para favorecer con ella la actividad concurrente o desvía la clientela de aquélla en beneficio de esta última”.

En ese mismo sentido se expresa el TSJ de Madrid, en sentencia de 11 de Marzo de 1999 (AS 1999, 764), que formula tres elementos necesarios para que se origine la competencia desleal: “la existencia por parte del trabajador de una actividad económica en satisfacción de su propio interés y en competencia con la de la empresa por desarrollarse ambas empresas dentro del mismo ámbito mercantil, la utilización de la experiencia y perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio y que tal utilización redunde en demérito o perjuicio para los intereses de dicha empresa”⁴⁰⁸.

Es evidente entonces que la fórmula de la concurrencia desleal viene dada por dos elementos nucleares: que el trabajador desempeñe igual o análoga actividad que el empleador⁴⁰⁹ y que la actuación sea desleal.

Sin embargo, un sector de la doctrina judicial consigna también otros dos presupuestos necesarios para la existencia del incumplimiento contractual imputado por concurrencia desleal: la falta de autorización y el perjuicio económico⁴¹⁰.

De otro lado, autores como de Val Tena, afirman que la prohibición de concurrencia desleal se estructura sobre dos aspectos: la realización de las mismas actividades que el trabajador se ha comprometido a prestar en virtud

⁴⁰⁸ Así mismo, la STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 795/2005 de 5 octubre AS 2005\3118 recoge los elementos exigidos por la doctrina para valorar la existencia de concurrencia desleal: “la existencia por parte del trabajador de una actividad económica en satisfacción de su propio interés y en competencia con la de la empresa por desarrollarse ambas dentro del mismo ámbito mercantil; la utilización de la experiencia y perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio, que tal utilización redunde en desmérito o perjuicio para los intereses de dicha empresa”

⁴⁰⁹ NEVADO FERNANDEZ, M. J.: “*Las restricciones a la competencia...*” Ob. Cit. Pág. 75.

⁴¹⁰ STS de 20 de julio de 1990 (RJ 1990, 6447) “es indudable que aquellos servicios no se corresponden con la esfera de actuación de este empresario, ni le pueden originar ningún perjuicio real o potencial”.

del contrato de trabajo para persona diferente al empleador, y la generación de un perjuicio potencial o real al empresario principal⁴¹¹.

Empezaré por desarrollar los dos elementos centrales de la prohibición de concurrencia desleal: la concurrencia y la deslealtad.

27.1 La concurrencia del trabajador

A modo de introducción, cabe traer a colación que la norma expresamente prohíbe la prestación de actividades para diversos empresarios cuando se estime que hay concurrencia desleal. Significa lo anterior que para estimar la concurrencia, debe constatarse que la naturaleza de las actividades paralelas realizadas por el trabajador se realiza en la misma rama o sector en la que se desenvolvía la empleadora. Posteriormente, la coincidencia en la actividad realizada por el trabajador a la misma o similar actividad realizada por la empresa a la luz de los objetos sociales se erigió como una herramienta de mayor precisión para determinar la concurrencia entre trabajador y empleador.

El primero de los elementos que componen el eje de la prohibición de concurrencia desleal, la concurrencia del trabajador, implica "realizar tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando en virtud del contrato de trabajo, sin consentimiento de su empresario"⁴¹². En términos casi idénticos, también es interpretado el concepto de concurrencia, al que se concibe como "la dedicación del trabajador a actividades laborales por cuenta propia o ajena, de la misma o similar naturaleza o rama sectorial de las que está ejerciendo en virtud del contrato de trabajo, siempre que la misma no haya sido consentida por su empresario y causen a éste un perjuicio real o potencial, generándose con tal actuación unos intereses contrapuestos entre las partes"⁴¹³.

⁴¹¹ DE VAL TENA, A.L.: "*La prohibición de concurrencia entre empresario...*" Ob. Cit. Pág. 17.

⁴¹² STS de 26 de enero de 1988 (RJ 1988/54), STS de 5 junio 1990 (RJ 1990, 5020)

⁴¹³ STS de 20 de julio de 1990 (RJ 1990, 6447), STS 28 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8613). STS 29 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2367): "actividades que se desarrollen dentro del

Tal como se observa, la concurrencia se origina cuando el trabajador lleva a cabo “una actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado, que entra en competencia económica con la del empresario por incidir en un mismo ámbito de mercado, en el que se disputa un mismo potencial de clientes”⁴¹⁴.

Ante la situación planteada por la concurrencia del trabajador con su empleador, los tribunales valoran la similitud de las características de las actividades realizadas por el trabajador en las empresas en las que presta sus servicios, identificando la existencia de concurrencia cuando se dan “en el mismo sector, mismo mercado y círculo de clientes similar”, lo que sin duda repercute en la posibilidad de desviar clientela, “o aprovechar conocimientos adquiridos en la empresa que le otorgó la excedencia con la que está ligada contractualmente y a la que hace competencia, o prevalerse de la información obtenida por su presencia en ella, originando un potencial perjuicio al empresario”⁴¹⁵.

La actividad productiva desempeñada por el trabajador debe realizarse en una empresa distinta, que tenga el mismo⁴¹⁶ o similar objeto que la empleadora a la cual proyecta la competencia; es decir, que las dos empresas se dediquen a un mismo objeto en un mismo ámbito⁴¹⁷. Por ende, no puede

mismo plano en que efectúa las suyas la empresa principal, por incidir sobre un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes, realizándose aquéllas de manera desleal, con olvido de las exigencias de la buena fe, mediante el aprovechamiento de datos internos de la empresa que son conocidos por su trabajo en ésta y que cuando se refieren a su sistema organizativo o de producción o versan sobre la relación de sus proveedores o clientes, pueden ocasionar un potencial perjuicio a aquélla, por alterar el juego de la libre competencia, a través de proporcionar una posición de ventaja para la segunda actividad”.

⁴¹⁴ STS de 8 marzo 1991 (RJ 1991, 1840)

⁴¹⁵ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 7016/2010 de 2 noviembre (JUR 2011\81864). “las características de la actividad son esencialmente similares resultando indiferente cualquier disquisición sobre el software aplicable”

⁴¹⁶ En idénticas palabras se expresa la STSJ de Andalucía, (Sala de lo Social) núm. 3049/2009 de 9 diciembre (JUR 2011\111646).

⁴¹⁷ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 171/2011 de 10 marzo (AS 2011\1057), STS de 22 de Octubre de 1990 (1990, 7707)

apreciarse la existencia de actividades concurrentes cuando las empresas en las que presta sus servicios el trabajador no corresponden a la misma rama de actividad⁴¹⁸ o no tengan “un giro comercial idéntico o análogo”⁴¹⁹ o no tengan el mismo objeto social⁴²⁰, ya que no estarían dirigidas a disputar la misma potencial clientela de su empleador⁴²¹.

27.1.1 Las actividades concurrenciales por cuenta propia y por cuenta ajena

Lo primero que hay que identificar son las conductas que implican la concurrencia del trabajador con el empresario. A la luz de una interpretación finalista del mandato laboral del art. 21.1 ET⁴²², que descarta la aplicación rigurosa del literalismo jurídico en la lectura del citado precepto laboral, el trabajador puede realizar concurrencia a través de la realización de actividades por cuenta propia o por cuenta ajena, a pesar de que la redacción de la norma solo alude expresamente a la prohibición de prestar servicios para otros empresarios cuando se estime concurrencia desleal⁴²³.

⁴¹⁸ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 4/2006 de 2 enero (AS 2006\278) cuando la trabajadora que realizaba actividades corporativas y de captación de clientes en una empresa de correduría de seguros y en su tiempo libre era administradora de otra sociedad dedicada a los establecimientos sanitarios y balnearios.

⁴¹⁹ STSJ de Cantabria, (Sala de lo Social, Sentencia núm. 162/2009 de 27 febrero JUR 2009\187434 “el hecho de contribuir al nacimiento y/o desarrollo de otra sociedad que tiene un giro comercial idéntico o análogo al que sirve de base a la empresa para la que presta sus servicios”.

⁴²⁰ STS de 30 de Marzo de 1987 (RJ 1987, 1756) empleados que constituyen una sociedad con el mismo objeto que la empleadora, formando parte de su consejo de administración.

⁴²¹ STSJ de Castilla y León de 14 de Mayo de 2002 (AS 2002/3164). No es actividad concurrente “véase que se trata de concesionarios de marcas distintas que cuentan en principio con una clientela diferenciada, usuarios de vehículos de una y otra marca.

⁴²² STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 6400/2003 de 16 octubre (JUR 2004\7297) “Una interpretación finalista del artículo 21-1º del E. T, con arreglo al artículo 3-1º del Código Civil, evidencia que la exigencia de “ser trabajador de otra empresa” no puede entenderse literalmente, puesto que si incurre en competencia desleal quién presta servicios por cuenta de otra empresa dedicada a la misma actividad, con más motivo existirá si el trabajador es empresario en las mismas circunstancias”.

⁴²³ Coincide la totalidad de la doctrina judicial en afirmar que la prohibición de concurrencia cubija las actividades por cuenta propia y por cuenta ajena. STS de 21 de Marzo de 1990 (RJ 1990, 2203) “este deber legal comprende tanto a la concurrencia desleal en el trabajo por

De acuerdo con lo expuesto, la prestación a la que se le ordena al trabajador abstenerse es la realización de actividades concurrenciales, independientemente de que sean estas realizadas o no en virtud de una relación laboral ajena a la establecida con su empleador. Abarca, por tanto, las actividades económicas o profesionales realizadas a nombre propio o para un tercero, que incidan en el ámbito de mercado del empresario⁴²⁴ y que persigan la consecución de un interés privado del trabajador en perjuicio del interés del empresario ocasionado por la competencia económica que representa para el empleador.

El interés privado aludido anteriormente no significa que haya que remitirse a la materialización de una utilidad económica del trabajador, ya que también están incluidas en el supuesto prohibitivo las actividades sin ánimo de lucro o sin remuneración económica, por ejemplo cuando media una relación familiar o se realizan actividades voluntarias en organizaciones o asociaciones de tipo no lucrativo o en prácticas laborales no remuneradas, ya que el eje de la prohibición no gravita sobre el beneficio económico percibido por el trabajador, sino sobre la actividad competencial desempeñada en el mismo ámbito de su empresario, realizadas por éste aún a título gratuito.

Pese a la ausencia de referencia explícita sobre las actividades por cuenta propia del trabajador en la redacción del art. 21.1 ET, no ocurre lo mismo sobre la prohibición de realizar concurrencia desleal por cuenta ajena. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia 330/2009 de 14 abril (AS 2009\1627), destaca que la concurrencia desleal se materializa en el momento en que el trabajador realiza actividades productivas para una empresa diferente a su empleadora, que tiene idéntico objeto que la empresa principal, actividad que debe representar una verdadera competencia,

cuenta ajena, como por cuenta propia”, STS de 4 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 7283), STS de 22 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7707), STS de 28 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4509)

⁴²⁴ STS de 8 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1840) “La concurrencia implica una actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado, por parte del trabajador, que entra en competencia económica con el empresario por incidir en un mismo ámbito de mercado en el que se disputa un mismo potencial de clientes”

que se valora como desleal porque concurre alguno de los dos aspectos reseñados como necesarios por la doctrina judicial: la perfección profesional del trabajador utilizada en perjuicio de la empresa que le ayudo a adquirirla o por usar información interna de la empresa a la que pudo acceder por el puesto de trabajo ocupado dentro la empresa, ya sea por su categoría o función.

La inclusión tácita de las actividades competenciales por cuenta propia dentro del supuesto general de la prohibición legal se debe a que éstas pueden ser iguales o incluso más nocivas para los intereses competenciales del empresario que las actividades por cuenta ajena, ya que, en cualquiera de estas dos posibilidades de competencia, puede resultar beneficiada una estructura empresarial distinta a la del empleador⁴²⁵. Así pues, el conflicto de intereses antagónicos del trabajador puede darse por desviar clientela hacia otra empresa para la que labora o hacia su propia unidad empresarial. También por aprovechar los medios o recursos de su empleador, o valerse de la información que pertenece al empleador, ya sea para proporcionársela a otra empresa o para su lucro directo a través de la prestación independiente⁴²⁶ o autónoma de sus servicios como persona física o como trabajador autónomo⁴²⁷, o por medio de su propia sociedad mercantil⁴²⁸

De las definiciones jurisprudenciales de concurrencia desleal, se puede concluir que el análisis del primer eje de la prohibición, que es la concurrencia de actividades, debe versar sobre si las dos empresas efectivamente se enfrentan en competencia en la misma área del mercado.

⁴²⁵ STSJ de Andalucía, núm. 1922/2012 de 14 de Junio de 2012 (AS 2013/313). Trabajador de una empresa de carga y descarga de muebles de cocina que constituye empresa con idéntica finalidad. “Indiscutible la actuación del trabajador a favor de tercera empresa dedicada al mismo ramo de actividad que su empleadora, ya sea como titular o como trabajador”

⁴²⁶ STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), núm. 358/2006 de 18 abril. JUR 2006\186299. Concurrencia desleal de diseñador que oferta por internet, a nombre propio los mismos servicios que la empleadora.

⁴²⁷ STSJ de Cantabria núm. 162/2009 de 27 de Febrero de 2009 (JUR 2009/187434)

⁴²⁸ STS de 11 de Abril de 1984 (RJ 1984, 1956)

Es trascendental resaltar que las actividades desempeñadas por el trabajador en las dos empresas no tienen que ser de igual naturaleza, ya que el ámbito de lo prohibido está demarcado por la actividad que realiza el empresario⁴²⁹, y no se limita al específico ámbito de la labor o actividad realizada por el trabajador. De este modo, si se realizan funciones de distinta naturaleza en empresa competidora que se desenvuelva en el mismo mercado de su empresario, se afirma la existencia de concurrencia desleal⁴³⁰. La misma reflexión parece arrojar la concurrencia por cuenta propia, ya que los tribunales valoran la existencia de concurrencia por constitución de sociedad mercantil competidora sin que se requiera que el trabajador tenga la misma calidad o vínculo societario que en la empresa empleadora⁴³¹.

Los tribunales judiciales han avalado los despidos por concurrencia desleal por constituir sociedad competidora con idéntico objeto social⁴³² o similar⁴³³, o parcialmente coincidente⁴³⁴ al de la empleadora. Los elementos

⁴²⁹ CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: “*Prohibición de competencia...*” Ob. Cit. Pág. 112 ss. Explica que la actividad prohibida es aquella que desempeña el empresario

⁴³⁰ LOPEZ ANIORTE, M. C. “*La competencia del trabajador con su empresa*” Ob. Cit. Pág. 39. “No es necesario que los trabajos realizados en una y otra empresa sean idénticos. La concurrencia prohibida no se circunscribe al específico ámbito de la labor desempeñada por el trabajador, sino por prestar servicios, cualesquiera en empresa directamente competidora para su empresario”

⁴³¹ STS (Sala de lo Social) Auto de 19 enero 2010 (JUR 2010\59362). Expresa que los trabajadores constituyeron una empresa competidora ya que tienen “un objeto social semejante y la actividad de los actores fuera de su empleadora, se realiza en áreas competitivas respecto a ésta, dirigida a potencial clientela común, mediante la oferta de productos o servicios equivalentes” Realizando por ende “tareas de la misma naturaleza y características análogas de las que venían ejecutando en la empleadora”.

⁴³² STS de 28 de Mayo de 1987 (RJ 1987, 3908) constituir una sociedad anónima dedicada a la misma actividad de la empresa. STSJ Aragón (Sala de lo Social), núm. 913/1994 de 16 noviembre. AS 1994\4214, STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2775/2006 de 4 abril (AS 2006\2703), STSJ Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 431/2006 de 2 febrero (AS 2006\2128), STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), núm. 869/2001 de 11 diciembre (AS 2002\790), STSJ La Rioja (Sala de lo Social), núm. 11/1993 de 8 febrero (AS 1993\638), STSJ Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 19 marzo 2004 (JUR 2004\127927), STSJ Extremadura (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 218/2003 de 8 abril (JUR 2003\200263), STSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 1677/2012 de 19 marzo (AS 2012\795), STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 7016/2010 de 2 noviembre (JUR 2011\81864).

⁴³³ STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 915/2005 de 8 febrero (AS 2005\658), STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª), núm. 1134/2002 de 17 diciembre (JUR 2003\113555).

reveladores de la deslealtad son el ocultamiento de dicha sociedad competidora⁴³⁵, la utilización de los medios del empleador, el empleo de la información técnica y comercial en detrimento del empresario⁴³⁶, la “utilización de información de la empleadora sobre proveedores y clientes para ofrecer los mismos productos”⁴³⁷, ser socios y miembros del Consejo de Administración de una empresa concurrente a la de su empleador dirigida a la misma clientela mediante la oferta de los mismos servicios⁴³⁸, el constituir y dirigir una empresa con objeto coincidente con el de su empleadora durante su excedencia voluntaria, demostrando una “planificación laboral y profesional de la que no informo”⁴³⁹.

El art. 21.1 ET prohíbe la concurrencia desleal realizada al empleador, no la competencia realizada a los clientes del empresario⁴⁴⁰. En este orden de ideas, no es concurrencia desleal la infracción del trabajador de banca que es socio de una empresa que hace competencia a un cliente de la entidad para la que trabaja; pero si es infracción laboral no amparable en el art. 21.1 ET, por no cumplir con la obligación convencional de comunicar anticipadamente el emprendimiento de sus negocios particulares⁴⁴¹.

⁴³⁴ STSJ Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2881/2010 de 24 noviembre (AS 2011\291), STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 283/2008 de 14 abril (AS 2008\1699).

⁴³⁵ STSJ País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 1284/2005 de 20 mayo (AS 2005\2610)

⁴³⁶ STSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 925/2010 de 3 marzo (AS 2010\1484)

⁴³⁷ STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 5893/2011 de 22 septiembre (AS 2011\2860)

⁴³⁸ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Auto de 19 enero 2010 JUR 2010\59362. No hay contradicción. Sumado a lo anterior, asistieron durante el periodo de IT a una Junta universal, lo que evidencia “su aptitud laboral y la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa demandada, ya que en semejantes circunstancias nada les impedía acudir a su puesto de trabajo”.

⁴³⁹ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 7016/2010 de 2 de Noviembre (JUR 2011/81864)

⁴⁴⁰ STSJ de Madrid de 27 de junio de 2007, núm. 578/2007 (AS 2007\3037) constituir una empresa y ser propietario del 50% de las acciones que no hace competencia a la empleadora si no a los clientes de ella, no constituye concurrencia desleal con la empleadora.

⁴⁴¹ STSJ de Islas Baleares (Sala de lo Social) núm. 122/1996 de 18 de marzo (AS 1996/ 1818) El deber de informar los negocios particulares en los trabajadores de la banca, se justifica

Hechas las consideraciones anteriores, es necesario matizar que la sanción disciplinaria por infracción a la buena fe contractual por concurrencia desleal por cuenta ajena no se origina por buscar otro empleo, ya que en atención a la libertad de trabajo y a la promoción laboral “no puede penalizarse a un trabajador por contactar con otra empresa para acceder a un puesto que le satisfaga en mayor medida”⁴⁴², sino cuando se han realizado ciertas maniobras, como llevar a cabo una reunión con el gerente de una empresa de la competencia para iniciar un proyecto, usufrutuándose de la clientela del antiguo empleador⁴⁴³.

27.1.2 La determinación de la actividad desarrollada por las empresas para establecer cuál es el mercado relevante: la comparación de objetos sociales

Ahora bien, cabe preguntarse cuáles son los puntos de referencia que deben cotejarse para establecer el ámbito material del mercado e inferir la concurrencia del trabajador con su empleador.

Un primer estándar de gran amplitud se estableció en torno a la coincidencia de sector o rama de la producción en la que realizaban las actividades el trabajador y el empresario. Explica la STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 283/2008, de 14 abril (AS 2008/1699), que la “teoría de la coincidencia del sector o rama de la producción identifica la competencia desleal con el ejercicio de una segunda actividad en el mismo o análogo sector industrial o comercial a que se dedica el empresario principal”⁴⁴⁴.

porque el negocio de la entidad se basa en el crédito y la confianza, por lo tanto deben “precaver el riesgo de que sus empleados desarrollen actividades privadas que, con ilícito aprovechamiento de las ventajas y facilidades que su cargo les confiere, sean susceptibles de entrar en colisión con las obligaciones que tiene para con el Banco y para sus clientes”

⁴⁴² STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 352/2005 de 10 mayo (AS 2006\2047).

⁴⁴³ STSJ de Asturias, (Sala de lo Social) núm. 120/2010 de 15 enero AS 2010\1969

⁴⁴⁴ STS 8 de Junio de 1987 (1987, 4138), STS de 15 de Junio de 1987 (RJ 1987, 4809)

Otro criterio de valoración empleado es la actividad desarrollada por el empleador, estableciéndolo a través del objeto social⁴⁴⁵. A pesar de que el objeto social constituye el instrumento idóneo en el que se plasma y delimita la actividad de la empresa, cabe preguntarse si la comparación de objetos sociales es un elemento inequívoco y concluyente para determinar la concurrencia entre empresas, dada la pluralidad y amplitud de actividades contempladas en los mismos que conlleva a la falta de exactitud y coherencia en el objeto social. No plantea dificultad alguna establecer la concurrencia del trabajador con la actividad empresarial cuando el objeto social es preciso, exclusivo o único, simplificándose el análisis a una mera constatación de coincidencia de actividades del trabajador con el empleador tomando como referencia el objeto social empresarial. De otro modo, si el objeto social es múltiple, se hace necesario conducir el análisis hasta la actividad habitual realmente ejercitada por el empleador⁴⁴⁶, pudiendo arrojar entonces una coincidencia parcial con el objeto social⁴⁴⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, la comparación de objetos sociales no es siempre el elemento más idóneo para determinar la concurrencia del trabajador. El Tribunal Supremo (Sala de lo Social), en Sentencia de 13 mayo 1986 (RJ 1986\2541), aprecia que “no obstante coincidir el objeto societario con la finalidad del Servicio del que el actor era Jefe, se dirigen a campos distintos”. En consecuencia, para establecer con mayor precisión la relación de concurrencia entre trabajador y empresario, se puede incluso recurrir a la

⁴⁴⁵ STS (Sala de lo Social) Auto de 11 enero 2007 JUR 2007\98489, “de la mera comparación de los objetos sociales, no deriva dato alguno que revele la efectiva dedicación real de una y otra empresa en áreas semejante más allá de la descripción genérica de los objetos sociales”.

⁴⁴⁶ STSJ de C. Valenciana, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 3347/2006 de 9 noviembre JUR 2007\117725. No se estima concurrencia desleal ya que “la empresa de la que es socia la actora Art Mosaic SL tiene un objeto social distinto al de la demandada en estas actuaciones; y que si bien esta última tiene un objeto social amplio, ello no le impide realizar sus actividades a través de otras sociedades en las que tenga participación o acciones y la empresa demandada debió acreditar esta participación en empresas donde realiza las actividades de corte y enmallado, que es el objeto de la empresa Art Mosaic, para que pudiera apreciarse la competencia desleal que se alega”

⁴⁴⁷ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “La prohibición de competencia desleal...” Ob. Cit. Pág. 221 ss.

constatación de coincidencia de la naturaleza de los bienes y servicios ofrecidos por el empleador y el trabajador⁴⁴⁸.

Al respecto, señala el Tribunal Supremo (Sala de lo Social), en sentencia de 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988\7097), que, aunque el objeto social es el “límite actuario” de la sociedad, dada la amplitud de los objetos sociales de las empresas, éste “no define la actividad real desplegada, que puede ser muy variada dentro de dichos límites”. Acota además que “la apreciación de concurrencia desleal requiere que la actividad realizada, fuera de la empresa principal, se manifieste en áreas competitivas respecto a ésta, en tanto que dirigida a potencial clientela común, mediante la oferta de productos o servicios equivalentes”⁴⁴⁹. Así, si las líneas de producción desarrolladas e impulsadas por el trabajador son distintas a las de la entidad empleadora, se descarta que exista competencia entre ellas⁴⁵⁰.

Finalmente, bienes y servicios equivalentes pero dirigidos a distintos sectores de mercados reflejan la imprecisión que puede arrojar la teoría de la coincidencia de la naturaleza de los bienes y servicios. Por ende, otro estándar de identificación de la concurrencia entre empresarios consiste en determinar la coincidencia del mercado a través de la identificación de la clientela⁴⁵¹ a la que van dirigidos bienes y servicios ofertados por las empresas⁴⁵².

⁴⁴⁸ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “*La prohibición de competencia desleal...*” Ob. Cit. Pág. 223.

⁴⁴⁹ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 712/2006 de 26 septiembre AS 2006\3166 ha ofrecido productos eléctricos iguales a los que comercializa para su empleadora, a clientes de la misma, a precios inferiores a los establecidos por ésta. STSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2298/2012 de 16 abril (JUR 2012/152425). Trabajador que labora en una pizzería y constituye una empresa de venta de pizzas y pastas, “se manifiesta en áreas competitivas respecto a ésta, al tratarse de una actividad dirigida a una potencial clientela común, mediante la oferta de productos o servicios equivalentes, concurriendo como mínimo en una tercera parte de sus respectivas actividades”.

⁴⁵⁰ STS 22 de Septiembre de 1988 (RJ 1988\7097)

⁴⁵¹ STSJ de Castilla y León, de 14 de Mayo de 2002 (AS 2002/3164) no es actividad concurrente porque aunque realiza la misma actividad que el empleador y oferta productos y servicios equivalentes están dirigida a una potencial clientela diferente por ser concesionarios de marcas distintas.

⁴⁵² LOPEZ ANIORTE, M. C. “*La competencia del trabajador con su empresa*”. Ob. Cit. Pág. 42.

Pues bien, dejando por sentado que las circunstancias particulares de cada caso permitirán identificar con mayor o menor nitidez la existencia de concurrencia, debiendo optarse preferiblemente por la más restrictiva de las interpretaciones que no vulneren la libertad al trabajo del empleado, es oportuno plantear que ocurre con el ámbito objetivo de la prohibición cuando la empresa modifica su actividad empresarial.

El primer punto de análisis es si la variación de la actividad es sustancial del empresario, en cuyo caso se afectarían las actividades prohibidas al trabajador desde el momento de la modificación. En el supuesto de que la empresa incremente sus actividades, se aumentará también la extensión de la prohibición para los trabajadores⁴⁵³, aunque cabe matizar, como razona Castiñeira Fernandez, que habría una clara diferenciación si el trabajador, previamente a la ampliación del objeto social realiza actividades paralelas que en virtud de la modificación se convierten en competitivas. En dicho caso, para el autor habría para esos trabajadores una novación que afectaría a un derecho adquirido, por lo que, en consecuencia, requeriría ser aceptada voluntariamente y compensada. En cambio, la ampliación de la actividad empresarial aumentaría automáticamente el alcance de la prohibición en aquellos trabajadores que no estuvieran realizando una segunda actividad que entrara en competencia en virtud de la modificación⁴⁵⁴. En oposición, Nevado Fernandez plantea que no puede hablarse de un derecho adquirido en dicho supuesto⁴⁵⁵.

27.1.3 Concurrencia desleal por actos preparativos

La concurrencia desleal puede sancionarse con despido, aun cuando se encuentre en estadios preparatorios. De este modo fundar o constituir empresa

⁴⁵³ NEVADO FERNANDEZ, M, J.: “*Las restricciones a la competencia...*” Ob. Cit. Pág. 77.

⁴⁵⁴ CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: “*Prohibición de competencia...*” Ob. Cit. Pág. 44.

⁴⁵⁵ NEVADO FERNANDEZ, M, J.: “*Las restricciones a la competencia...*” Ob. Cit. Pág. 77.

competidora se acredita como sancionable, aunque no se haya llegado a concretarse el efectivo funcionamiento o inicio de sus actividades⁴⁵⁶. El incumplimiento de la prohibición de concurrencia desleal no requiere por tanto la consumación de la actividad concurrente ni la generación de un perjuicio económico⁴⁵⁷. La realización por el trabajador de conductas preparatorias evidencia un elemento intencional que descubre la deslealtad en la conducta⁴⁵⁸, revelando la existencia de intereses contrapuestos entre las partes y legitimando la procedencia del despido. Por ende, se califica como desleal inclusive la reunión mantenida con trabajadores de la empresa, comunicándoles la constitución de la nueva sociedad⁴⁵⁹.

Es difícil discernir con claridad cuál es la entidad requerida para sancionar los actos preparativos, ya que, en un supuesto similar, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), Sentencia 352/2005, de 10 mayo (AS 2006\2047), no estimó infracción del deber de buena fe contractual en las negociaciones preliminares con sus compañeros de trabajo orientadas a conformar una empresa en asociación con estos, que no llegó a materializarse⁴⁶⁰.

Es necesario matizar que la ilicitud del comportamiento por actos preparativos del trabajador radica en llevar a cabo actividades desleales encaminadas a realizarle competencia a su empleador durante la vigencia de la relación laboral. En este orden de ideas, es absolutamente lícita la constitución de una empresa dedicada a la misma actividad del empresario una vez finalizada la relación laboral, aun cuando se emplee los conocimientos

⁴⁵⁶ STS de 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5611) STSJ Navarra (Sala de lo Social, Sección Única), sentencia núm. 54/2003 de 17 marzo (AS 2003\1643), STSJ Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 139/2005 de 26 abril (AS 2005\1105)

⁴⁵⁷ STSJ Cataluña (Sala de lo Social), núm. 6907/2002 de 29 octubre (AS 2002\3465), STSJ Cataluña (Sala de lo Social), núm. 6701/2002 de 21 octubre (AS 2002\3463)

⁴⁵⁸ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 276/2011 de 25 abril (AS 2011\1635).

⁴⁵⁹ STSJ País Vasco (Sala de lo Social, Sección 6ª), núm. 2307/2004 de 16 noviembre (AS 2004\3952)

adquiridos durante la relación laboral⁴⁶¹. Aunque, incluso en plena vigencia de la relación laboral, la sanción laboral no cubre toda clase de actos preparativos, ya que no recae sobre idealizaciones o meros proyectos⁴⁶², conversaciones⁴⁶³, negociaciones incipientes⁴⁶⁴, gestiones previas a la constitución⁴⁶⁵ o conductas exploratorias⁴⁶⁶, sino sobre actos concretos de concurrencia ilegítima que se han externalizado durante la relación laboral que evidencian la finalidad dañosa en el actuar del trabajador que infringe la buena fe contractual.

Los actos preparatorios de concurrencia desleal no se conducen únicamente por la vía de la actividad por cuenta propia; también se sancionan los actos preparatorios por cuenta ajena, como reuniones con la empresa competidora⁴⁶⁷, ya que defraudan la confianza empresarial depositada por el empresario. En oposición, la STS de Madrid (Sala de lo Social) 527/2012, de 8 de Junio (AS 2012/2873), no entiende que la entrevista laboral en empresa competidora sea competencia desleal.

Es oportuno resaltar que la lealtad que constriñe al trabajador “no puede inhibir la propia libertad profesional y de trabajo del trabajador, ni puede exigir

⁴⁶¹ STSJ de Islas Canarias, núm. 640/2009 de 1 septiembre AS 2009\280. Reseña la sentencia que “si el demandado, viendo las buenas perspectivas (tan lucrativas como lícitas) de instalarse por su cuenta en la misma actividad, abandona la empresa y después contacta con clientes y proveedores y con otros trabajadores y efectivamente se instala por su cuenta para competir con su antigua empresa, nada se le puede imputar desde la perspectiva legal. Es lícita la acción del trabajador que ve el negocio en la empresa en la que presta servicios y, arriesgándose, (en el sentido estrictamente económico) la abandona para constituir él mismo otra empresa y competir”.

⁴⁶² STS 17 de Mayo de 1991 (RJ 1991, 3916) No sanciona como desleal un mero proyecto cuya viabilidad apenas se encuentra en estudio.

⁴⁶³ STS 13 de Julio de 1988 (RJ 988/5816) Así, no se estima concurrencia desleal la conversación del trabajador con un profesor y el Director del colegio empleador, sobre la intención de captar alumnos para otra entidad educativa, por ser meros actos de manifestación sin conducir sus actos a tal fin.

⁴⁶⁴ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 352/2005 de 10 mayo (AS 2006\2047)

⁴⁶⁵ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 7473/2007 de 30 octubre (AS 2007\3602), STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 448/2011 de 20 junio (AS 2011\2354).

⁴⁶⁶ STS de 17 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3916)

⁴⁶⁷ STSJ de Asturias, (Sala de lo Social) núm. 120/2010 de 15 enero AS 2010\1969

una noticia inmediata y detallada de lo que es un mero proyecto, cuya viabilidad o realización están en estudio”, aunque si obliga a “no aprovecharse indebidamente de su reputación o esfuerzo; a no beneficiarse de forma ilícita con la información sobre productos, procesos y clientes que pueda proporcionar la pertenencia a la misma; y a mantenerla informada de manera puntual de las propias actividades profesionales que puedan afectar a sus intereses”⁴⁶⁸.

Aunque “los actos preparatorios de la competencia desleal no pueden identificarse técnicamente con la concurrencia consumada”⁴⁶⁹, se puede advertir la deslealtad cuando se realizan actos preparativos eficaces⁴⁷⁰ o con actuaciones de ejecución dotadas de intencionalidad suficiente⁴⁷¹, que se sitúan en un estadio muy cercano a la efectiva concurrencia o la concurrencia ya consumada, y que por tanto integran a elementos perjudiciales para el empleador. Tal sucede por ejemplo, cuando se ha inscrito la sociedad en el registro mercantil⁴⁷², se ha difundido publicidad⁴⁷³ o se han ofrecido servicios coincidentes a la clientela del empresario⁴⁷⁴.

La intencionalidad del trabajador se revela cuando emprende acciones perjudiciales para su empleador, aunque no hayan podido llegar hasta la efectiva consumación. Este elemento subjetivo venía siendo de gran importancia en la valoración de los tribunales para estimar si los actos

⁴⁶⁸ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 352/2005 de 10 mayo (AS 2006\2047).

⁴⁶⁹ SEMPERE NAVARRO. A.V.: “Despido disciplinario y preparación...” Ob. cit. Pág. 7-28.

⁴⁷⁰ STSJ de Canarias núm. 394/2002, de 8 de Julio (JUR 2002/243924).

⁴⁷¹ STS de 7 de Octubre de 1987 (1987/6855) “se traduce en un intento de reclutamiento de otros trabajadores de la empresa”

⁴⁷² STSJ de Cantabria, (Sala de lo Social) núm. 162/2009 de 27 febrero JUR 2009\187434 el trabajador “constituye, otorgando escritura e inscribiendo en el Registro Mercantil, una sociedad competitiva”.

⁴⁷³ STSJ La Rioja (Sala de lo Social), sentencia núm. 11/1993 de 8 febrero (AS 1993/638)

⁴⁷⁴ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 5110/2005 de 3 junio (JUR 2005\182023)

preparativos configuraban o no concurrencia desleal⁴⁷⁵. Sin embargo, este juicio fue obviándose en favor de una interpretación más severa y directa de los hechos⁴⁷⁶. Así se evidencia en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Enero (RJ 1988, 54), que resalta que “se puede incurrir en transgresión de la buena fe contractual por concurrencia desleal tanto de forma intencional, dolosa, con ánimo deliberado y consciente de faltar a la lealtad depositada en el trabajador, como por negligencia o descuido imputable al mismo”⁴⁷⁷.

27.1.4 La conformación de sociedades competitivas del trabajador de forma directa e indirecta

Del mismo modo, si no hay coincidencia de objeto social ni desviación de clientela, ni utilización de recursos financieros, materiales o humanos⁴⁷⁸, no hay concurrencia desleal por ser propietario de acciones

Ahora bien, la concurrencia del trabajador por crear sociedades competitivas incluye no solo los actos realizados de forma directa por el trabajador, sino también los realizados de forma indirecta a través de terceras personas, ya sean familiares o amigos. La interposición de personas para la realización de concurrencia desleal no impide la configuración de la falta

⁴⁷⁵ Se pone de manifiesto la valoración de la intencionalidad del trabajador en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) a de 7 octubre 1987 RJ 1987\6855. “La actuación del actor no es reducible a un mero proyecto de concurrencia con la empresa demandada. Hay, por el contrario, un principio de ejecución dotado de una intencionalidad suficientemente relevante a efectos de establecer una acción contraria a los deberes de conducta derivados del contrato de trabajo y, en concreto, de la prohibición que establece el artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores, pues el propósito de competencia del demandante se traduce en un intento de reclutamiento de otros trabajadores de la empresa”. Así también lo expresa la STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 239/2005 de 5 abril AS 2005\835.

⁴⁷⁶ SEMPERE NAVARRO. A.V.: “Despido disciplinario y preparación...” Ob. Cit. Pág. 7-28.

⁴⁷⁷ Así mismo se expresa la STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 527/2012 de 8 junio (AS 2012\2873). En idénticas palabras se expresa la STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 283/2008 de 14 abril AS 2008\1699. Por su parte, la STSJ de Galicia, (Sala de lo Social) Sentencia de 26 septiembre 2006 (AS 2007\3621). Se refiere a la “necesaria intencionalidad (culpabilidad) como la exigible trascendencia (gravedad) a las que se contrae el precepto en cuestión, puesto que el trabajador ha incurrido en concurrencia desleal, al darse en este caso los dos requisitos necesarios para ello”

⁴⁷⁸ STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social) núm. 2797/2008 de 16 septiembre (JUR 2009\135565)

laboral, ya que el juicio de reproche surge por el beneficio particular que obtiene el trabajador por actuar de forma directa o indirecta en perjuicio de su empresario⁴⁷⁹. Lo determinante es la implicación activa del trabajador en otra estructura empresarial a la que beneficia en detrimento de su empleador⁴⁸⁰.

La relación de parentesco no indica que la conducta sea de por sí desleal, sino que se concluye por el rol activo asumido por el trabajador en dicha organización empresarial. Por ende, la sanción recae sobre conductas desplegadas por el trabajador para favorecer a las empresas familiares que concurren en el mismo mercado con la actividad de su empresario y que perjudiquen a éste. En concordancia, se estima concurrencia desleal la participación del trabajador en la apertura de un establecimiento dedicado a la misma actividad administrado por el cónyuge acompañado de la desviación de clientela⁴⁸¹, la asistencia y participación en los consejos de administración de la empresa de su esposa, que se desenvuelve en el mismo sector del mercado que la empleadora⁴⁸², el destino indebido de los medios personales y materiales de la empresa para el lucro de las empresas familiares que administra el trabajador⁴⁸³ o, en fin, el aprovechamiento de su cargo de dirección como jefe de producción para desviar pedidos a otra empresa de la competencia en la que su hermano tiene acciones⁴⁸⁴.

⁴⁷⁹ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 1054/2003 de 9 diciembre (JUR 2006\197285) el trabajador desvía un cliente a la empresa propiedad de su esposa, que actuaba como persona interpuesta en un plan elaborado por el trabajador concurrir con su empleador “desviando clientes y beneficiándose así tanto de la formación como de la información”.

⁴⁸⁰ STSJ de C. Valenciana núm. 2612/2008 de 17 julio (AS 2008\2886) “actuando como comercial de la citada mercantil frente a terceros en comercialización de productos similares a los de la demandada” STSJ de Murcia (Sala de lo Social) núm. 954/1996 de 8 de octubre (AS 1996/4593) se estima concurrencia desleal por participar en la conformación de un establecimiento que es administrado por su conyugue, dedicado a idéntica actividad que la del empleador.

⁴⁸¹ STSJ Murcia (Sala de lo Social), núm. 954/1996 de 8 octubre (AS 1996\4593)

⁴⁸² STS de 25 de junio de 1990 (RJ 1990\5515)

⁴⁸³ STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª), núm. 816/2008 de 5 noviembre (AS 2009\527)

⁴⁸⁴ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social Núm. 54/1996 de 3 de Enero (AS 1996/828) La posición del trabajador dentro de la empresa es un agravante en la valoración de la falta cometida por el trabajador.

Aun cuando los familiares del trabajador constituyan una empresa con el mismo objeto social, no se estima la falta laboral en los siguientes supuestos: opera en un ámbito geográfico diferente al del empleador⁴⁸⁵, el trabajador no presta servicios en la empresa de su esposa⁴⁸⁶ o la sociedad mercantil constituida por las cónyuges de los trabajadores carece de finalidad competitiva, ya que la relación entre esa sociedad y la empleadora de sus conyugues es de proveedora mas no de competencia⁴⁸⁷, o realiza “trabajos familiares, de benevolencia y amistad, que nada tiene que ver con la actividad a que se dedica la empresa⁴⁸⁸ o, en fin, efectúa “colaboración puntual, anecdótica y desinteresada por amistad y sin contraprestación alguna”⁴⁸⁹.

No se deduce infidelidad en los servicios de los cónyuges que no participan ni han favorecido a la empresa constituida por sus esposas, que además no compiten con los intereses de la empleadora, de la cual son proveedoras⁴⁹⁰.

En concordancia, la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 7855/1999 de 5 noviembre (AS 1999\4666), resalta que la calidad de esposa de un trabajador que labora en empresa de la competencia no constituye ningún incumplimiento contractual, por lo que no puede sancionarse a la trabajadora por la conducta de su cónyuge, ya que excedería el ámbito de

⁴⁸⁵ STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), sentencia núm. 539/2002 de 25 julio (AS 2002\3114)

⁴⁸⁶ STSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 4252/2008 de 17 diciembre (JUR 2009\193844)

⁴⁸⁷ STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), núm. 795/2005 de 5 octubre (AS 2005\3118)

⁴⁸⁸ STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social) núm. 913/2001 de 20 marzo (JUR 2001\194900) No se dan las notas de concurrencia desleal definidas jurisprudencialmente en la instalación de una caseta de bar al aire libre para colaborar a un amigo, ya que la actividad de la empleadora es la fabricación de estructuras metálicas en serie para consultores de ingeniería.

⁴⁸⁹ STSJ de Castilla de 14 de Mayo de 2002 (AS 2002/3164), STSJ de Andalucía núm. 1208/2009 de 29 de Abril (AS 2011/1184) No hay concurrencia desleal en la colaboración a un amigo en la impermeabilización de una piscina, STSJ C. Valenciana núm. 3246/2008 de 14 de octubre (AS 2008/3132), STSJ País Vasco (Sala de lo Social) núm. 1582/2004 de 20 de Julio (JUR 2005/42547)

⁴⁹⁰ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 795/2005 de 5 octubre AS 2005\3118

dirección del empleador, de acuerdo a lo previsto en el art. 1.1 del ET. Valora el tribunal para desestimar el despido que la trabajadora no tiene participación económica, ni ha facilitado directa ni indirectamente información o conocimientos a la empresa donde labora su esposo, ni ha otorgado ventajas a la empresa competidora en perjuicio de su empleador⁴⁹¹.

27.1.5 Concurrencia desleal por titularidad de acciones

La concurrencia desleal también puede darse porque el trabajador tenga vínculo societario con una mercantil de la competencia, aun cuando la participación social no sea por la totalidad de las acciones⁴⁹². Cabe aclarar que cualquier vínculo con una empresa de la competencia no permite concluir que se da la falta laboral, ya que la simple posición de avalista de otra empresa no reviste la entidad suficiente para estimar la concurrencia⁴⁹³, o la calidad de apoderado de la empresa competidora constituida por la esposa del trabajador⁴⁹⁴.

No es sancionable con despido cuando hay conocimiento previo de la existencia de la participación social del trabajador⁴⁹⁵. Tampoco cuando el trabajador es propietario de un pequeño porcentaje de capital social limitado a un papel de pequeño inversionista sin facultades de decisión; pero sí en caso

⁴⁹¹ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 7855/1999 de 5 noviembre AS 1999\4666. El simple hecho de ser la esposa de un trabajador que labora en empresa de la competencia, y que fue empleado en la misma empresa de su conyugue, no permite inferir la existencia de deslealtad.

⁴⁹² STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 283/2008 de 14 abril (AS 2008\1699). Trabajador de confianza que se desempeñaba como director de la empresa, fundo dos mercantiles con objeto social parcialmente concurrente con participaciones sociales del 50% siendo administrador solidario de las mismas. No importa las dimensiones de las empresas, ya que el perjuicio puede ser potencial y no real, radica la gravedad en el puesto de confianza que desempeñaba el trabajador.

⁴⁹³ STSJ Murcia (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 386/2005 de 4 abril (AS 2005\607) La condición del trabajador como socio de una empresa y a su vez, como alto directivo en la empresa empleadora, no permite concluir que por la sola posición de avalista de otra entidad se genere la deslealtad

⁴⁹⁴ STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social) núm. 826/2003 de 9 julio AS 2003\2591.

⁴⁹⁵ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 382/2011 de 30 mayo (JUR 2011\267710)

de que tenga un porcentaje relevante de participación social, ocupe un cargo que tenga facultades de administración o gestión o pueda nombrar a los órganos gestores. Igualmente, la mera participación en empresa comanditaria y colectiva se estima desleal⁴⁹⁶.

No han realizado competencia desleal los trabajadores que pertenecen al órgano de dirección de otra entidad y realizan actos a favor de esta, consistentes en presentar proyectos para la obtención de fondos, dado que la propia empleadora promovió el proceso de autonomización⁴⁹⁷.

Para finalizar, cabe resaltar la dificultad que en algunos casos entraña discernir las actividades que constituyen concurrencia entre dos empresas, lo cual deriva algunas veces en interpretaciones judiciales opuestas. Ilustra esta dificultad la sentencia del Tribunal Supremo de 19 enero 2011 (RJ 2011\2432), que avala la decisión de instancia que calificó de concurrencia desleal la conformación de una sociedad cuya actividad era la consulta dermatológica, ya que el negocio de la empresa para la que laboraba era la comercialización de seguros de salud, que abarca la atención médica a sus clientes, incluyendo la atención dermatológica.

No obstante, en un supuesto muy similar, la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia núm. 3896/2009, de 13 de mayo de 2009 (2010/255125), declaró la improcedencia del despido de un trabajador que, siendo director comercial para la misma empresa que comercializaba seguros, adquirió participaciones en una sociedad que ofrecía consulta dermatológica. Concluye el Tribunal que el trabajador ejercía funciones con responsabilidad únicamente comercial relativa a la venta de pólizas, sin participar en la gestión de la empresa. Además del análisis comparativo entre los objetos sociales de las empresas, infiere que las actividades que cada

⁴⁹⁶ CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: “*Prohibición de competencia...*” Ob. Cit. Pág.135 ss. GARCÍA VIÑA, J.: “*La buena fe en el contrato de trabajo...*” Ob. Cit. Pág. 215.

⁴⁹⁷ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 542/2005 de 28 junio AS 2005\1658.

empresa desempeña son diferentes, pues la empleadora no tiene como objetivo captar clientela para la consulta médica.

A través de estas sentencias se confrontan dos criterios opuestos de interpretación de la concurrencia desleal: un criterio restrictivo, que no reconoce la existencia de concurrencia por una coincidencia parcial en la actividad de las empresas enfrentadas, y un criterio de mayor extensión, que estima la existencia de concurrencia en una actividad complementaria de la empresa que consiste en un único consultorio dermatológico. La diferencia que marca la inclinación de la balanza hacia la procedencia del despido es el puesto estratégico desempeñado por el trabajador, que en un caso es simplemente de director comercial y, en otro, de directora médica.

Aunque la sentencia del Tribunal Supremo resalta la dificultad de unificar doctrina en supuestos de calificación de improcedencia de despido por las condiciones particulares de cada caso, es menester resaltar que, al tratarse de una prohibición de competencia que afecta a la libertad de trabajo, el análisis judicial debe decantarse por una interpretación restringida, porque debe resolverse a favor del trabajador que puede ver vulnerado injustificadamente su derecho al trabajo. De lo contrario, se estaría proscribiendo el pluriempleo y la realización de actividades inocuas que no constituyen concurrencia.

27.2 La deslealtad de la conducta

Ahora bien, habiendo establecido que las actividades deben realizarse en el mismo ámbito de mercado de su empresario para estimarse concurrente, es menester enfatizar que en el art. 21.1 ET no hay una prohibición absoluta de concurrencia. La concurrencia prohibida en el art. 21.1 ET tiene una cualificación especial: la deslealtad⁴⁹⁸. Por tanto, veda una específica especie

⁴⁹⁸ ALCARAZ LUJÁN J.: “La competencia del trabajador con su empresa...” Ob. Cit., Págs. 11-27. “La correcta aplicación de la regla sobre prohibición de concurrencia desleal exige la identificación precisa de los elementos que la integran; esto es, a) la concurrencia y b) la deslealtad”... “concurrencia con el empresario “significa realizar una actividad económica o profesional, por cuenta propia o por cuenta ajena, en actividades de la misma rama; algo posible en nuestro Derecho -se insiste- salvo que la misma se estime desleal”

de competencia, la competencia desleal, no la simple concurrencia en idéntica o similar actividad. Requiere, por tanto, que ésta adquiera el carácter de desleal, lo cual se podrá calificar valorando los elementos objetivos del caso, para determinar si la actividad desempeñada por el trabajador en la otra empresa delata infidelidad laboral, o si para la actuación competencial usa los conocimientos o informaciones obtenidas en virtud de la prestación de servicios; en suma, si no se demuestra la falta de fidelidad no se ocasiona la infracción del principio de la buena fe⁴⁹⁹.

Así la única concurrencia prohibida es la realizada por medios que atenten contra la buena fe para que puedan estimarse desleales, concretándose de esta manera los dos elementos o ejes de la prohibición laboral de competencia durante la relación laboral.

La doctrina judicial recuerda que “lo que se juzga es si la actividad del trabajador en la otra empresa revela una infidelidad en el servicio que presta” “o si la base de su actuación sean los conocimientos obtenidos en su trabajo si esto no es así, no se produce quebranto del principio de la buena fe”⁵⁰⁰.

Se puede incurrir en deslealtad también cuando el trabajador se aproveche de información de la empresa o de conocimientos adquiridos en virtud de la relación laboral para beneficiar la actividad realizada por el competidor o desviar clientela⁵⁰¹.

La STS de 21 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2203) aclara que “no toda actividad adicional es concurrencia desleal, pero sí lo es aquella en la que el trabajador puede desviar clientela, o aprovechar conocimientos adquiridos en la empresa a la que hace competencia, o prevalerse de la información que ha podido proporcionar o proporciona la presencia en el interior de ésta”. En

⁴⁹⁹ STS de 19 de Julio de 1985 (RJ 1985, 3820), STS de 13 de Mayo de 1986 (RJ 1986, 2541).

⁵⁰⁰ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 795/2005 de 5 octubre AS 2005\3118.

⁵⁰¹ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 5110/2005 de 3 junio JUR 2005\182023.

concordancia con este teoría, no se valoró como infracción a la buena fe contractual el mero hecho de que el gerente y accionista minorista de una empresa de transportes tenga la calidad de apoderado de una sociedad competidora constituida por su esposa; ello, no implica que forzosamente su conducta tenga la nota de deslealtad o que haya incumplido con infidelidad sus deberes hacia la empleadora⁵⁰².

El componente nuclear de la infracción por competencia desleal es “el elemento intencional revelador de una premeditada conducta desleal del trabajador respecto de la empresa, que no sólo remunera un trabajo, sino que también le facilita medios para adquirir experiencia y perfeccionamiento profesional que luego aquél pretende utilizar en su propio provecho y en desmérito o perjuicio para los intereses de su empresa”⁵⁰³. Así, “la valoración como desleal de su conducta se produce cuando el trabajador utiliza el conocimiento profesional adquirido contra su principal, para así potenciar la actividad competitiva y, por ello mismo, una deslealtad en la concurrencia del mercado”⁵⁰⁴.

No se deduce infidelidad en los servicios de los trabajadores que no han realizados actos desleales, ya que ni participan ni han favorecido a la empresa constituida por sus esposas, que además no compiten con los intereses de la empleadora, de la cual son proveedoras⁵⁰⁵.

Aun cuando el trabajador realice actos desleales, no puede sancionársele cuando la actividad fue ordenada por el representante de la empresa al trabajador y consistió en el diseño de prendas de dos marcas de empresas diferentes que se enfrentan en competencia, dado que el trabajador

⁵⁰² STSJ de Castilla y León, (Sala de lo Social) núm. 826/2003 de 9 julio AS 2003\2591.

⁵⁰³ STS de 22 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1889)

⁵⁰⁴ STS de 8 de Marzo de 1991 (RJ 1991, 1840) STSJ de Aragón, (Sala de lo Social, núm. 107/2008 de 13 febrero. AS 2008\1105.

⁵⁰⁵ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 795/2005 de 5 octubre AS 2005\3118

obedecía órdenes que tenían la apariencia de legitimidad⁵⁰⁶. O cuando, a pesar de realizar actividades por cuenta ajena concurrentes, no se acredita la realización de ninguna maniobra desleal⁵⁰⁷.

28. La ampliación por la doctrina de los elementos constitutivos del tipo.

Además de estos dos elementos, como se mencionó previamente, la doctrina ha postulado algunos elementos adicionales en el contenido de la prohibición. El consentimiento tácito y el perjuicio empresarial son los requisitos sobre los que la doctrina ha oscilado otorgando mayor o menor protagonismo en el supuesto de hecho prohibido.

Se tipifica desleal la concurrencia debido a que la perfección profesional que el trabajador adquirió en su relación laboral es utilizada en contra de su principal. No obstante, se exige que el puesto que el trabajador desempeña en la empresa signifique por su categoría o función la posesión de datos internos de la empresa que constituyan una potenciación de la actividad competitiva y, por ello mismo, una deslealtad en la libre concurrencia del mercado⁵⁰⁸.

Considera la sentencia núm. 87/2010, de 15 enero (AS 2010\217), del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social), que no existe

⁵⁰⁶ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 1059/2005 de 13 diciembre AS 2005\3790

⁵⁰⁷ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 6755/2004 de 5 octubre AS 2004\3449. La trabajadora de una farmacia que tiene una consulta de homeopatía en su domicilio particular, sin que desviara clientes de la farmacia hacia su consulta

⁵⁰⁸ STS (Sala de lo Social) de 8 marzo 1991 (RJ 1991\1840), STS de 30 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1756), STS (Sala de lo Social) de 29 marzo 1990 (RJ 1990\2367) "El ámbito de tal prohibición se limita a la concurrencia desleal; es decir, a actividades que se desarrollen dentro del mismo plano en que efectúa las suyas la empresa principal, por incidir sobre un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes, realizándose aquéllas de manera desleal, con olvido de las exigencias de la buena fe, mediante el aprovechamiento de datos internos de la empresa que son conocidos por su trabajo en ésta y que cuando se refieren a su sistema organizativo o de producción o versan sobre la relación de sus proveedores o clientes, pueden ocasionar un potencial perjuicio a aquélla, por alterar el juego de la libre competencia, a través de proporcionar una posición de ventaja para la segunda actividad"

competencia desleal del trabajador aun habiéndose probado que el trabajador prestó sus servicios en actividades de limpieza en empresa competidora durante una excedencia, debido a que no hay entidad por el poco tiempo que laboró para la otra empresa, no desembocó en ventaja alguna competitiva, ni generó un desvío de clientes. Además, señala que, por la naturaleza de la actividad desempeñada por el trabajador, no generó perjuicio alguno puesto que no existe contacto con clientes, no tiene acceso a secretos ni de técnicas de mercado, ni a formación especializada, o a información privilegiada.

Sin duda, la valoración de la existencia de la concurrencia desleal por parte del empresario en primera instancia, y de los tribunales en los casos en los que deban discernir sobre la improcedencia del despido, debe incorporar el mayor número de elementos posibles en aras de lograr una inferencia acertada y justa sobre si se cometió una infracción laboral y cuál debe ser la sanción correspondiente. De esta manera, el consentimiento tácito, el perjuicio empresarial, la especialización profesional, la naturaleza del cargo desempeñado, la efectiva actividad realizada por las empresas involucradas en la posible competencia desleal del trabajador aportaran elementos de juicio determinantes que no deberían ser obviados. Algunos de estos elementos serán objeto de análisis en los epígrafes siguientes.

29. Elementos de valoración en la estimación de concurrencia desleal como un incumplimiento grave

La valoración de la concurrencia desleal como un incumplimiento grave y culpable exige analizar ciertos factores, como la autorización del empresario, el ámbito geográfico, la dedicación sistemática y no esporádica a la actividad concurrente, la cualificación del puesto del trabajador o categoría profesional del trabajador⁵⁰⁹ o la responsabilidad del personal directo⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ STS de 7 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1773)

⁵¹⁰ STS de 12 de Mayo de 1988 (RJ 1988, 3615)

29.1. La coincidencia espacial y temporal de la concurrencia

La concurrencia desleal, por definición, significa una coincidencia del trabajador y el empresario en un mismo mercado en el que pugnan por la misma o similar clientela. Esta disputa por la clientela implica que debe haber una coincidencia de mercado, la cual viene determinada por la coincidencia espacial o “comparecencia de las dos empresas en el mismo ámbito geográfico del mercado”⁵¹¹.

Ahora bien, la coincidencia geográfica, aunada a la coincidencia temporal de actividades en el mismo sector de producción, permite presumir la concurrencia desleal⁵¹², ya que evidencian la posibilidad de causación de un potencial perjuicio derivado de la competencia directa⁵¹³.

En consecuencia, los tribunales declaran la improcedencia del despido cuando el trabajador realiza su actividad económica o profesional en una zona de mercado distinta o en un ámbito geográfico diferente al del empleador.

La coincidencia temporal de la concurrencia desleal aconseja traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 22 septiembre 1988 (RJ 1988\7097), que recuerda que “la concurrencia desleal requiere que la competencia alegada sea actual y no hipotética y futura”. Exige, por tanto, de una coincidencia temporal, ya que para imponer la sanción disciplinaria es precisa la simultaneidad en el tiempo de la relación laboral y del hecho reputado concurrencia desleal.

Por otro lado, la duración de la actuación desleal también es valorada por los tribunales a la hora de avalar la imposición del despido disciplinario. De este modo, la participación puntual o esporádica en otra empresa ha sido valorada como un indicio de ausencia de lesividad o falta de ánimo

⁵¹¹ STS de 7 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1773)

⁵¹² STS (Sala de lo Social), Sentencia de 22 febrero 1990 RJ 1990\1135

⁵¹³ STSJ de C. Valenciana, (Sala de lo Social) núm. 8/2009 de 13 enero (AS 2009\1989), STSJ de C. Valenciana Sentencia núm. 10/2009 de 13 enero (JUR 2009\252850)

concurrente⁵¹⁴. La realización de un solo acto concurrencial puede conllevar a la estimación de concurrencia desleal del trabajador, pero los tribunales, a la hora de apoyar la sanción disciplinaria de despido, también valoran, junto a otras circunstancias, si corresponde a un hecho aislado, puntual o esporádico, siendo entonces un agravante que las actividades se realicen de forma sistemática y continuada⁵¹⁵.

29.2. La calificación profesional del trabajador

Sin duda existe una clara relación entre la cualificación del trabajador y el grado de lesividad que representa la competencia que pueda formularle a su empleador. Tampoco cabe duda que la baja cualificación de algunos puestos imposibilitan o dificultan que el trabajador este en situación de “crear la contradicción de intereses necesaria”⁵¹⁶. En virtud de esto, la prohibición se intensifica en la relación laboral especial del alto directivo; pero aún sin que el trabajador pertenezca a este grupo especial, puede que por la naturaleza de su cargo o de sus funciones ostente un mayor grado de responsabilidad y

⁵¹⁴ STS 22 de Julio de 1986 (RJ 1986/4283) “no estando acreditado que el actor trabajase en dicha empresa ni que fuera el explotador de la citada industria, habiéndose limitado su actividad a esa compra de la maquinaria ... sino que haya intervenido ni en el montaje de la maquinaria comprada ni tampoco en la explotación de ese negocio o industria”, STS 22 de Octubre de 1990 (RJ7932/1990) “lo único que consta es que un día concreto el actor, simple oficial de cerrajería, sin otra cualificación que requiriera especiales conocimientos técnicos en su formación, adquiridos con la demandada, fue sorprendido, fuera de la jornada laboral, sin conocimiento ni consentimiento de su empresa, en otra distinta realizando actividades similares a las que desempeñaba con la demandada”, STSJ de La Rioja, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 11/1993 de 8 febrero AS 1993\638

⁵¹⁵ STS de 7 de Marzo de 1990 (RJ 1990, 1773), STS (Sala de lo Social) de 19 octubre 1988 RJ 1988\8117 “ningún perjuicio pudo reputar la esporádica colaboración en otra publicación de ámbito editorial no coincidente”. STSJ Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 107/2008 de 13 febrero. AS 2008\1105. “sólo en los cinco meses últimos del período de excedencia trabajó en un consultorio privado (dentro de un periodo de 3 años), prestación de servicios que carece, además, de entidad suficiente como para justificar el despido”. STSJ País Vasco (Sala de lo Social, Sección 3ª), sentencia núm. 1582/2004 de 20 julio. JUR 2005\42847 No es competencia desleal la colaboración puntual, anecdótica y desinteresada por amistad y sin contraprestación alguna. STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 70/2005 de 8 febrero AS 2005\156. No es concurrencia desleal prestar de forma puntual sus servicios para solucionar un problema específico.

⁵¹⁶ LOPEZ ANIORTE, M. C. “La competencia del trabajador con su empresa” Ob. Cit. Pág. 40.

confianza y tenga, por ende, acceso a información relevante de la empresa, facilitando que pueda formular una competencia diferencial a su empleador⁵¹⁷.

Al respecto, la STS (Sala de lo Social) de 26 de Enero de 1998 (RJ 1988/54) pone de manifiesto la relación de proporcionalidad entre el mayor grado de exigencia del deber de lealtad con la responsabilidad y confianza depositada en el trabajador, expresando que “la lealtad es exigible con mayor rigor a quienes desempeñan cargos de confianza y máxima responsabilidad que por lo mismo están obligados a no defraudarla”.

La cualificación del cargo del trabajador y su elevada posición jerárquica en el interior de la empresa es un elemento que sirve para valorar la gravedad de la competencia desleal⁵¹⁸. El Tribunal Supremo de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), en sentencia 283/2008, de 14 abril (AS 2008\1699), resalta que “cuanto mayor sea el nivel de conocimiento del funcionamiento y organización de la empresa y el grado de confianza depositado en él por el empleador mayor, razón hay para calificar como desleal la actividad concurrente”. En consecuencia, “la circunstancia de desempeñar un puesto directivo y de confianza conlleva a agravar la conducta del trabajador”.

⁵¹⁷ STS de 28 de Mayo de 1990 (RJ 1990/ 4509) director de sucursal funda sociedad anónima con idéntica finalidad a la de su empleador, STS de 22 de Marzo de 1991 (RJ 1991/1889) “máxime cuando el actor desarrollando una labor de confianza de la empresa le ha quebrantado con su comportamiento”. STS de 26 de Julio de 1989 (RJ 1989, 5918) jefe de negociado adjunto a la dirección que desvía clientela hacia la empresa competidora. STS de 7 de marzo de 1990 (RJ 1990/1773) Valora como circunstancias que califican la concurrencia desleal como infracción grave son: ausencia de autorización empresarial, dedicación sistemática y no esporádica de la actividad, posición jerárquica elevada que facilita el acceso de procesos productivos y clientela, además de la coincidencia geográfica del mercado. STSJ de Andalucía núm. 1922/2012 de 14 de Junio (AS 2013/313), STSJ de Madrid núm. 283/2008 de 14 de Abril (AS 2008/1699) Director de empresa que constituye objeto parcialmente coincidente. Expresa “cuanto mayor es el nivel de conocimiento de funcionamiento y organización de la empresa y el grado de confianza depositado en él por el empleador, mayor razón hay para calificar como desleal la actividad concurrente” Así también, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en auto de 22 de Enero de 2008 (JUR 2008/185594) valora el puesto de responsabilidad del trabajador como director financiero de la empresa.

⁵¹⁸ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 517/2011 de 18 julio AS 2011\2746 Monitor de gimnasio “la posición del trabajador en la empresa que el actor era un empleado cualificado ocupando un cargo de confianza y con un compromiso de confidencialidad, y asimismo en la nueva entidad es el Director técnico, por lo que se halla en condiciones de utilizar el bagaje adquirido en la empresa recurrente en una actividad comercial de la competencia con potencial lesión de los intereses de su antigua empleadora”

En contra, es difícil que el trabajador que realiza funciones de baja calificación, como las actividades de limpieza en una empresa que no tiene esta actividad como objeto social, pueda realizar competencia desleal a su empresario, dado que no tiene acceso a información sobre los procesos productivos, la gestión o la clientela, imposibilitando por ende la desviación de clientela o el aprovechamiento de información interna de la empresa⁵¹⁹. En este orden de ideas, se estima concurrencia desleal cuando el trabajador de la limpieza constituye una empresa con el mismo objeto social de la empleadora dedicada a la limpieza de edificios y locales, ya que se estima que está en contacto con los clientes de la misma pudiendo desviar clientela hacia su propia entidad mercantil⁵²⁰; lo que también se estima cuando un trabajador que realiza labores de escolta constituye una sociedad de la que es apoderado y miembro del consejo de administración con idéntico objeto social que el empleador, consistente en actividades de vigilancia y protección de bienes⁵²¹, o el encargado de una pizzería que constituye una sociedad para la distribución de pizza⁵²².

29.3. Relevancia del perjuicio empresarial para la estimación de competencia desleal

Para de Val Tena, la actual redacción del precepto laboral prescinde de los requisitos erigidos en la LCT/1944: la producción de un perjuicio al empresario y la no autorización de esa actividad o negocio⁵²³. Bajo el amparo

⁵¹⁹ STS (Sala de lo Social) de 22 octubre 1990 RJ 1990\7932. Cerrajero que realizo la misma actividad que realizaba en virtud del contrato de trabajo en un taller de albañilería. Estima el alto tribunal que “el trabajo que ejecutaba no exigía especiales conocimientos, adquiridos en su otro trabajo por lo que no se perjudicaba a la demandada, no existiendo infidelidad en el trabajador”

⁵²⁰ STSJ de Islas Baleares, (Sala de lo Social) núm. 527/2011 de 30 diciembre (JUR 2011\120322)

⁵²¹ STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social) núm. 547/2012 de 28 febrero (JUR 2012\185946)

⁵²² STSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2298/2012 de 16 abril (JUR 2012/152425)

⁵²³ DE VAL TENA, A. L.: “*La prohibición de competencia entre empresario...*” Ob. Cit. Pág. 17. LUJÁN ALCARAZ. J.: “*La competencia del trabajador con su empresa...*” Ob. Cit. Págs. 11-27.

de la presunción *iuris tantum*, se infiere entonces que “todo trabajo en actividad análoga o idéntica produce perjuicios”⁵²⁴.

La jurisprudencia interpreta que la nota fundamental en la infracción por concurrencia desleal no viene dada por el daño causado, sino por la transgresión de la lealtad y la buena fe contractual⁵²⁵. Por tanto, no es necesario que la conducta del trabajador genere un daño efectivo⁵²⁶ o perjuicios económicos; tan solo, que quebrante la confianza del empresario en el trabajador⁵²⁷.

Puede percibirse la infracción por la concurrencia desleal sin la existencia de un perjuicio, real y efectivo⁵²⁸, bastando que sea potencial, porque la concurrencia desleal del trabajador evidencia la existencia de un interés privado que colisiona con el interés del empresario, por la pugna de los potenciales clientes⁵²⁹. Es precisamente esa colisión de intereses opuestos entre los que el trabajador se ve obligado a elegir, lo que constituye la esencia de la infracción por concurrencia desleal y justifica su consagración normativa⁵³⁰.

Expresa el autor que la diferencia con la LCT/1944, es que el ET no excluye cualquier clase de concurrencia, sino única y exclusivamente aquella que pueda ser tenida por desleal.

⁵²⁴ STS de Noviembre de 1979 (RJ 1979, 3936) STS de 19 de octubre 1988 (1988/8117)

⁵²⁵ STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social) núm. 531/2009 de 25 febrero (AS 2009\1099): “lo esencial del incumplimiento no está en el daño causado sino en el quebranto de la buena fe y lealtad debidas, que son reciprocas en la relación de trabajo, pues la falta se configura por la ausencia de valores éticos en quien la comete”

⁵²⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V: “La competencia desleal del trabajador y el perjuicio empresarial” BIB 1997/813. *Aranzadi Social vol. I*. Pamplona. 1997.

⁵²⁷ GONZALEZ GONZALEZ, A.: “*El despido, cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta*” 1 Ed. Lex Nova. Valladolid. 2009. Pág. 39.

⁵²⁸ SEMPERE NAVARRO. A.V.: “Despido disciplinario y preparación...” Ob. Cit. Pág. 7-28.

⁵²⁹ STS de 8 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1840), STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 7473/2007 de 30 octubre (AS 2007, 3602)

⁵³⁰ ALONSO OLEA, M, CASAS BAAMONDE, M.E.: “*Derecho del trabajo*” Ob. Cit. Pág. 372.

La STS (Sala de lo Social) 20 de Julio 1990 (RJ 1990, 6447) infiere la existencia de perjuicios cuando la actividad realizada por el trabajador sea idéntica o similar a la que prestaba para la empresa principal, supuesto de hecho que se configura claramente cuando el trabajador funda una empresa que disputa con su empleadora la obtención de clientes, constituyendo un motivo para el resquebrajamiento de la confianza del empresario y justificando la imposición de la sanción de despido, que conlleva la extinción del contrato de trabajo⁵³¹.

Como consecuencia de lo razonado, el contenido de la prohibición también engloba los actos preparativos del trabajador por cuenta ajena tendentes a formularle competencia al empleador, como las gestiones para constituir una empresa en el mercado⁵³², debido a que la externalización de las actividades preparatorias de la competencia desleal quebrantan la buena fe contractual⁵³³.

Es indiferente en el análisis jurídico si la empresa constituida no ha desarrollado prácticamente ninguna actividad y si no ha obtenido ventaja económica, dado que se valora la pérdida de confianza de la empresa en el trabajador cuando este lleva a cabo su conducta concurrencial sin conocimiento del empleador y sin que éste haya prestado su consentimiento expreso o tácito⁵³⁴. Desde la perspectiva jurisprudencial, puesta de manifiesto en la STS 18 noviembre 1983 (RJ 1983\5611), el elemento característico de la concurrencia desleal es el componente intencional que desvela una conducta premeditada que una vez exteriorizada hace incompatible que el trabajador continúe laborando en su puesto de trabajo.

⁵³¹ STS 12 julio 1988 (RJ 1988, 5806)

⁵³² STS de 17 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3916)

⁵³³ SEMPERE NAVARRO. A.V.: "Despido disciplinario y preparación..." Ob. Cit. Pág. 7-28.

⁵³⁴ STSJ de Galicia núm. 872/2012 de 17 febrero (JUR 2012\90327), STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 7855/1999 de 5 noviembre (AS 1999\4666)

29.4. El beneficio económico del trabajador

La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en señalar que la conducta desleal del trabajador constituye una justa causa de despido, ya que se puede incurrir en concurrencia desleal independientemente tanto de la ventaja económica que el trabajador haya podido percibir, como del perjuicio económico real o potencial que haya ocasionado a la empresa⁵³⁵.

29.5. El consentimiento o autorización empresarial

Además del perjuicio empresarial, el consentimiento fue otro de los elementos que fueron excluidos en el supuesto normativo que supera la redacción de la LCT/1944⁵³⁶.

Sin embargo, para un sector de la doctrina⁵³⁷ y la jurisprudencia⁵³⁸, existe competencia desleal cuando el trabajador se dedica a realizar

⁵³⁵ STS de 20 de Enero de 1990 (1990, 170), STS de 17 de Septiembre de 1990 (RJ 1990, 7015) “la competencia desleal vulnera la buena fe exigible en cualquier relación laboral con independencia de la ventaja económica que pudiera o no haber obtenido el productor, y el perjuicio causado a la empleadora”, STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 7016/2010 de 2 noviembre (JUR 2011\81864) “es intrascendente el eventual beneficio del trabajador y el perjuicio causado a la empleadora, bastando sólo su potencialidad” STSJ de Galicia, núm. 872/2012 de 17 febrero JUR 2012\90327 del (Sala de lo Social, la deslealtad a la que hemos hecho mención no exige como requisito que haya de obtenerse una ventaja económica ni tampoco se requiere que se causen daños o perjuicios materiales efectivos, pues como declara la Jurisprudencia «la quiebra de la buena fe se produce con independencia de la ventaja económica que pudiera haberse obtenido y del perjuicio económico realmente causado al demandado»

⁵³⁶ DE VAL TENA, A. L.: “*La prohibición de competencia entre empresario...*” Ob. Cit. Pág. 17.

⁵³⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Despido disciplinario y preparación...” Ob. Cit. Pág. 7-28. “A pesar de que el precepto omite alusión alguna respecto de la autorización del empresario en las actividades concurrentes del trabajador, entiende la jurisprudencia que el consentimiento legitima la concurrencia, y banaliza el análisis del perjuicio empresarial” RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Límites a la competencia y contrato de trabajo” Ob. Cit. Pág. 21. Las actividades deben pertenecer al círculo de actividades de la empresa pero bajo reserva de autorización. ALCAZAR ORTIZ, S., DE VAL TENA, A.L.: “Los pactos de dedicación exclusiva...” Ob. Cit. Pág. 136. La jurisprudencia exige para calificar esa prestación o actividad como desleal que esta tenga lugar dentro de la misma rama o sector de producción y que exista un perjuicio real o potencial para la empresa, de tal forma que es indiferente la persecución o no de lucro por parte del trabajador y que exista autorización por parte del empresario, ya que en el mercado se protegen los intereses no solo del empresario, sino también de todas aquellas personas que intervienen en él, como por ejemplo, los consumidores. LUJAN ALCARAZ, J.: “La competencia del trabajador con su empresa...” Ob. Cit. Pág. 11-27. Expresa el autor que para que se configure la competencia desleal debe haber

actividades o tareas laborales por cuenta propia o ajena, de la misma o similar naturaleza o rama o sector de producción, que también ejecuta en virtud del contrato de trabajo, sin autorización o consentimiento del empresario⁵³⁹ generando un perjuicio real o potencial para el empleador, derivado de la contraposición de intereses de las partes⁵⁴⁰. Coinciden entonces en afirmar que la existencia de autorización o consentimiento expreso o tácito del empresario impide que la conducta desleal pueda ser sancionada por el empleador, ya que se entiende que la tolerancia empresarial legitima dicha conducta.

El ocultamiento del trabajador de su actividad concurrente al empleador también ha sido valorado como indicio revelador de la mala fe del trabajador⁵⁴¹.

30. El deber de abstención de concurrencia desleal en las etapas de la relación laboral

Como premisa general, la obligación de no competencia laboral pervive unida a la existencia de la relación laboral. En aras de evitar incurrir en generalizaciones sucintas que no se detengan en las vicisitudes que pueden presentarse en la relación laboral, procederé a destacar todos los posibles escenarios que puedan presentarse en el desarrollo de la relación laboral y la presencia del deber de no competencia del art. 21 ET durante las mismas.

ausencia del consentimiento expreso o tácito del empresario. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *"La prohibición de competencia desleal..."* Ob. Cit. págs. 277 ss.

⁵³⁸ STS de 22 de Octubre de 1990 (RJ 1990, 7707), STS de 26 de enero de 1988 (RJ 1988, 54) expresa que "Se entiende que constituye concurrencia desleal la actividad consistente en realizar tareas laborales de la misma naturaleza o forma de producción de las que se ejecutan en virtud del contrato de trabajo sin consentimiento del empresario". STSJ de Islas Baleares, (Sala de lo Social) de 1 abril 1992 AS 1992\1786 No puede sancionar como concurrencia desleal ya que la empresa conocía que sus trabajadores en sus horas libres se dedicaban a las labores del campo y lo toleraba

⁵³⁹ STS 26/01/1988 (RJ 1988, 54)

⁵⁴⁰ STS 22 de Marzo de 1991, RJ 1889), STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social) Sentencia núm. 1208/2009 de 29 abril (AS 2011\1184), STS de 26 de Enero de 1988 (RJ 1988/54), STS de 29 de Marzo de 1990 (RJ 1990/2367) y STS de 28 de Noviembre de 1990 (1990, 8613).

⁵⁴¹ STSJ de Madrid núm. 673/2003 de 8 julio, (AS 2004, 1566)

El principio de buena fe objetiva se aplica a la etapa de preparación del contrato, ya que las partes deben guardar un modelo de conducta leal y honesta aun en los tratos preliminares, precontrato o fases previas a la celebración del contrato⁵⁴². Sin perjuicio de esta función informadora de la buena fe, no es predicable la exigencia de la obligación de no competencia desleal en las etapas previas del contrato, como veremos a continuación.

30.1 La obligación de abstención de competencia desleal en las etapas previas a la perfección del contrato de trabajo

En el ciclo de vida de un contrato, pueden identificarse tres etapas, la etapa previa de formación o preparación del contrato, la perfección o celebración del contrato, y la ejecución del mismo. A su vez, en la etapa de formación o preparación pueden distinguirse dos tipos de actos con efectos jurídicos distintos: los tratos preliminares y el precontrato. La principal diferencia entre estas dos figuras radica en el carácter vinculante que una carece y otro ostenta.

La normativa civil sobre responsabilidad extracontractual es la encargada de regular los tratos preliminares y el precontrato laboral, dada la ausencia de normativa laboral en esta materia. Cabe aclarar que, a pesar de lo anterior, la jurisdicción competente para conocer de estos asuntos es la jurisdicción social, ya que la relación jurídica que sirve de base para esas dos figuras es de naturaleza laboral cuyos elementos personales y reales son reglados por la normativa laboral. Por tanto, constituyen asuntos vinculados al contrato de trabajo, haciendo parte de este en todas las modalidades contractuales y las fases anteriores a la perfección del contrato, en aplicación

⁵⁴² AZNAR GINER, E.: *"Las negociaciones o tratos preliminares al contrato. Doctrina y jurisprudencia"*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, Pág. 57 ss.

de los arts. 1 y 2 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social y 9.5 de la LOPJ 6/1985, de 31 de julio⁵⁴³.

30.1.1 La abstención legal de competencia desleal del trabajador en la etapa de tratos preliminares

Se adscriben bajo esta denominación genérica de tratos preliminares todos los contactos realizados entre el ofertante y el demandante de trabajo en aras de conocer y negociar las condiciones de un contrato ulterior⁵⁴⁴. En otras palabras, “es un conjunto de actos cuyos objetivos es elaborar, discutir, delimitar y fijar los requisitos y cláusulas del futuro contrato”⁵⁴⁵.

Los tratos preliminares se presentan en una etapa en que las partes adquieren o intercambian información sobre la posibilidad de celebrar un contrato de trabajo, pero con ausencia de especificación respecto a aspectos importantes como el objeto y contenido⁵⁴⁶, la fecha o la condición para iniciar de la prestación laboral, lo cual impide la exigibilidad de suscribir el contrato a la contraparte. La carencia de la determinación de aspectos del contrato, así como la ausencia de la exteriorización de aceptación de forma inequívoca, concluyente y definitiva, permite inferir que no se da un acuerdo de voluntades⁵⁴⁷. Por tanto, ante la ausencia de acuerdo de voluntades, no nace a la vida jurídica el contrato, aunque esto no impide que se origine el deber de

⁵⁴³ STS (Sala de lo Civil) núm. 380/2009 de 21 mayo RJ 2009\3031. La sentencia resalta a que el precontrato y los tratos preliminares están conformados por elementos personales y reales reglados por la normativa laboral.

⁵⁴⁴ STS (Sala de lo Civil) núm. 380/2009 de 21 mayo RJ 2009\3031, declara que los pactos preliminares constituyen una negociación de un contrato futuro.

⁵⁴⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Tratos preliminares y condiciones del contrato de trabajo” *RPS*, 1976, núm. 111, Pág. 112.

⁵⁴⁶ STSJ de Castilla y León, (Sala de lo Social) núm. 380/2010 de 3 junio (AS 2010\1704) diferencia al precontrato y a los tratos preliminares por la clara determinación del objeto y contenido, que genera unas expectativas de enriquecimiento para el trabajador, debiendo ser indemnizado ante el incumplimiento.

⁵⁴⁷ STS (Sala de lo Civil) núm. 139/1994 de 26 febrero RJ 1994\1198.

indemnizar ante el comportamiento doloso o culposo desplegado por una de las partes⁵⁴⁸.

La realización de tratos preliminares no obliga a materializar la suscripción de un contrato de trabajo. Dicho de otra forma, no genera vínculos jurídicos entre las partes⁵⁴⁹, ni efectos jurídicos si finalmente no se materializa la expectativa de celebrar el contrato⁵⁵⁰. La poca entidad o relevancia jurídica dispensada a los tratos preliminares conlleva a que, por regla general, no produzca efectos jurídicos, tales como la generación de daños y perjuicios ante la no culminación exitosa de los tratos preliminares en un contrato de trabajo. Por tanto, como regla general es lícito apartarse de celebrar un contrato en la etapa negocial sin causar perjuicios, a menos que hayan actuado en contravía de la buena fe. Y ello, en concordancia no solo con la normativa española, sino también con los Principios del Derecho Europeo de Contratos, que dispone, en el capítulo 2, sección 3, art. 2:301, que los sujetos tienen plena libertad de negociar sin que sean responsables por no lograr un acuerdo, salvo que la parte hubiera actuado contrariando la buena fe y la lealtad, en cuyo caso sería responsable de las pérdidas generadas⁵⁵¹.

Al respecto, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª), Sentencia núm. 643/2010, de 27 Diciembre (JUR 2011\120523), recuerda que el Código civil español no contiene una regulación para la denominada *culpa in*

⁵⁴⁸ ALARCÓN CASTELLANOS, M.M.: "La difícil delimitación entre el precontrato y el contrato de trabajo de ejecución futuro. Comentario a la STSJ Castilla-La Mancha de 20 enero 2000 (AS 2000, 1206)", AS, núm. 7, 2000. Pág. 51. ss.

⁵⁴⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Tratos preliminares y condiciones..." Ob. Cit. Pág. 112, reseña que carecen de eficacia jurídica en el sentido que no originan vínculos jurídicos entre los interesados.

⁵⁵⁰ STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social) núm. 380/2010 de 3 junio (AS 2010\1704)

⁵⁵¹ Expresa la audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª) Sentencia núm. 643/2010 de 27 diciembre (JUR 2011\120523) "En términos semejantes se expresa el art. 2.1.15 de los Principios del Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales en su versión del 2004. También el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) dedica la práctica totalidad del Capítulo 3 del Libro II a los deberes precontractuales (Marketing and precontractual duties), siendo especialmente significativo lo recogido en el art. II.3 :301, cuyo primer inciso establece que "toda persona es libre para negociar y no es responsable por no haberse alcanzado un acuerdo"

contrahendo, que formula los cimientos de la teoría de la responsabilidad precontractual. La normativa aplicable por analogía sería entonces la enunciada en los arts. 1258 y 1101 del C.C. en caso de que proceda una indemnización por los daños y perjuicios, y en el art. 7 C.C. sobre el abuso del derecho, erigiendo a la buena fe como pieza fundamental para establecer la responsabilidad de la parte que en la etapa de los tratos preliminares desestima realizar el contrato.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), en Sentencia núm. 527/1999, de 14 junio (RJ 1999\4105), explica que “para que la ruptura de los tratos preliminares sea calificada como conducta antijurídica, la doctrina científica exige la concurrencia de los siguientes elementos: a) la suposición de una razonable situación de confianza respecto a la plasmación del contrato: b) el carácter injustificado de la ruptura de los tratos; c) la efectividad de un resultado dañoso para una de las partes; y d) la relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada”. De acuerdo a lo anterior, solo procede la indemnización pecuniaria cuando no se ha actuado con buena fe⁵⁵²; esto es cuando se ha vulnerado la confianza fundada en que se va a celebrar el contrato⁵⁵³.

En esta fase, no puede exigirse la obligación de no competir deslealmente, ya que aún no se ha dado un acuerdo de voluntades ni existe relación laboral que permita gravar de forma inherente al potencial trabajador con la obligación de abstención de competencia desleal⁵⁵⁴.

⁵⁵² STS (sala de lo civil) 1026/2001 de 31 de octubre de 2001 (RJ 2001/9639) expresa “Los tratos negociales preparatorios a la formación de los contratos, han de estar salvaguardados por la buena fe y pueden generar responsabilidad civil por razón de culpa «in contrahendo»” STS (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 139/1994 de 26 febrero RJ 1994\1198 “El prólogo negocial lo constituyen los efectivos y precisos tratos previos, salvaguardados por la buena fe”

⁵⁵³ STSJ de Galicia, (Sala de lo Social) de 15 junio 2000. AS 2000\1701, basándose en el art. 1101 del Código Civil condena al abono de daños y perjuicios causados por incumplimiento de los tratos preliminares ya que se había generado la confianza de la futura celebración del contrato laboral.

⁵⁵⁴ AGRA VIFORCOS, B.: “La competencia desleal (art. 21.1 del Estatuto de los Trabajadores) en el desarrollo de la relación laboral: ¿Cuándo puede tener lugar la infracción? *Civitas. REDT*, No 112, 2002. Pág. 555.

30.1.2 Deber de no concurrencia en el precontrato laboral

También denominado contrato preliminar, acto preparatorio, promesa de contrato, o "*pactum de contrahendo*", consiste en un acuerdo entre las partes en el que se comprometen en un futuro a perfeccionar un contrato definitivo⁵⁵⁵; en este caso específico, un contrato de trabajo. También puede definirse como "una declaración negocial recepticia de carácter firme e irrevocable por la que el promitente se compromete a dar trabajo a alguien, obligación que, por su propia naturaleza, no tiene carácter puro sino condicional"⁵⁵⁶.

Como previamente se mencionó, ante la ausencia de regulación en el ámbito laboral, la normativa civil constituye el régimen jurídico aplicable al precontrato laboral de acuerdo a lo dispuesto en el art. 4.3 C.C.⁵⁵⁷. Y, en específico, en las disposiciones civiles relativas a los contratos y obligaciones, consagrada en los arts. 1254 y siguientes y los preceptos que ordenan las consecuencias jurídicas por el incumplimiento de la prestación, relativas a los arts. 1101 y 1124 C.C., que establece el resarcimiento por daños y perjuicios⁵⁵⁸, puesto que genera unas expectativas lógicas de enriquecimiento para el futuro trabajador⁵⁵⁹.

Aunque el ET no regula los precontratos laborales, la doctrina es unánime en admitir su licitud en observancia del principio de libertad de pactos del art. 1255 C.C. En aplicación de la normativa civil sobre obligaciones y contratos, el precontrato debe incorporar todos los elementos que componen cualquier contrato⁵⁶⁰, que le dota de fuerza vinculante, siendo exigible su

⁵⁵⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 380/2009 de 21 mayo RJ 2009\3031.

⁵⁵⁶ STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social) núm. 133/2000 de 28 enero. AS 2000\93

⁵⁵⁷ STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social) núm. 133/2000 de 28 enero. AS 2000\93.

⁵⁵⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V, LUJÁN ALCARAZ, J.: "Estadios previos al contrato de trabajo" AS tomo I parte Presentación. PAMPLONA. 1996. BIB 1996\1390.

⁵⁵⁹ STS (sala de lo civil) núm. 617/2006 de 15 de junio (RJ 2006/3135)

⁵⁶⁰ ALARCÓN CASTELLANOS, M.M: "La difícil delimitación entre el precontrato y el contrato de trabajo de ejecución futuro. Comentario a la STSJ Castilla-La Mancha de 20 enero 2000 (AS 2000, 1206)", AS, núm. 7, 2000. Pág. 51. ss. Estos elementos de los contratos son

cumplimiento por vía judicial y ocasionando indemnizaciones por daños y perjuicios por el desistimiento unilateral del contratante⁵⁶¹.

Es lícito integrar en el precontrato cláusulas que establezcan condiciones para la ulterior celebración del contrato de trabajo e incluso incorporar un pacto de no competencia precontractual con la respectiva limitación temporal y la correspondiente compensación económica⁵⁶²; o concertar también la celebración de los pactos del art 21 ET, cuando se suscriba el contrato de trabajo. Ahora bien, la inexistencia de obligaciones que no se han pactado o negociado en el precontrato no impide que puedan incorporar otras obligaciones en el contrato de trabajo, en supuestos como la celebración de un periodo de prueba⁵⁶³, los pactos de no competencia postcontractual y demás pactos del art. 21 ET, que constituyen acuerdos válidos previstos por el ET.

La abstención de competencia desleal contemplada en el art. 21 ET no es exigible en la etapa precontractual, ya que esta es una obligación inmanente a la relación laboral que aún no existe en el precontrato. Hay que tener presente que el contrato y la relación laboral son figuras diferentes, ya que solo en el momento en que se inicia la prestación efectiva de servicios nace la relación jurídica, y se generan las obligaciones básicas de la relación laboral⁵⁶⁴. Por ende, es lícita la competencia del contratante con su futuro empresario,

consentimiento, objeto y causa, siendo particulares a ese tipo de contrato y por ende, diferentes a los del contrato de trabajo.

⁵⁶¹ STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social) núm. 380/2010 de 3 junio (AS 2010\1704) La indemnización por el desistimiento unilateral del precontrato en el caso en estudio, comprendió la totalidad de los salarios dejados de percibir de en concordancia con la retribución fijada en el precontrato.

⁵⁶² AGRA VIFORCOS, B.: “La competencia desleal (art. 21.1 del Estatuto de los Trabajadores) en el desarrollo de la relación laboral...” Ob. Cit. Pág. 558

⁵⁶³ STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social) núm. 2895/2010 de 26 octubre (JUR 2011\22644) expresa “la ausencia de negociación previa en el precontrato celebrado entre las partes de un período de prueba no priva de eficacia al pactado en el contrato de trabajo”

⁵⁶⁴ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “Extinción del contrato por voluntad del trabajador antes de iniciar la prestación efectiva de trabajo: análisis crítico de la doctrina de los tribunales. AS núm. 2, 2005, Pág. 27 y ss.

salvo que esta actuación pueda inviabilizar la celebración del futuro contrato laboral por el quebrantamiento de la buena fe⁵⁶⁵.

30.2 La prohibición de competencia desleal en el periodo de prueba

El art. 14 ET otorga al empresario la facultad de rescindir libremente el contrato durante un determinado momento, sin que requiera acreditar los motivos de su decisión. Por tanto, se exceptiona la aplicación de los preceptos generales instituidos para el despido, liberando al trabajador de la obligación de preavisar su marcha de la empresa⁵⁶⁶.

Teniendo en cuenta que el art. 14 ET dispone que en el periodo de prueba el trabajador tiene todos los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo, se concluye que el trabajador estará sujeto a la prohibición de competencia desleal. Sin embargo, como reseña Agra Viforcós⁵⁶⁷, la posibilidad de imponer la sanción disciplinaria del despido resultaría inocua ante la libertad empresarial de romper el vínculo contractual sin requerir justificación⁵⁶⁸.

Cabe resaltar que el periodo de prueba debe consignarse por escrito, con una duración restringida⁵⁶⁹, sin que pueda implementarse cuando se

⁵⁶⁵ AGRA VIFORCOS, B.: “La competencia desleal (art. 21.1 del Estatuto de los Trabajadores) en el desarrollo...” Ob. Cit. Pág. 558.

⁵⁶⁶ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 12 julio 2012. RJ 2012\9598. Reseña la sentencia que “La finalidad o razón de ser del instituto del período de prueba del contrato de trabajo es facilitar un medio o mecanismo ágil y eficaz de verificación tanto de las concretas condiciones de la ejecución del trabajo, como de la aptitud y de la adaptación del trabajador al trabajo contratado”

⁵⁶⁷ AGRA VIFORCOS, B.: “La competencia desleal (art. 21.1 del Estatuto de los Trabajadores) en el desarrollo...” Ob. Cit. Pág. 558.

⁵⁶⁸ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 12 julio 2012. RJ 2012\9598, reza así: “una vez verificado que el cese del trabajador se ha producido durante el período de prueba, no resulta necesaria, ni siquiera pertinente, una indagación ulterior de los motivos de la decisión empresarial”

⁵⁶⁹ STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 8720/2007 de 26 diciembre. Consideró excesivo el periodo de prueba del trabajador aun cuando había sido fijado por convenio colectivo.

conozcan previamente las habilidades y actitudes laborales del trabajador aun cuando se hayan conocido estas cuando laboraba para otro empleador⁵⁷⁰. Al hilo de lo expuesto, se prescinda o no de la realización del periodo de prueba o de su formulación por escrito, el trabajador desde el instante en que se inicia la relación laboral está obligado a preservar el interés patrimonial de su empresario sin que pueda realizarle competencia desleal.

30.3. Vigencia de la prohibición de competencia desleal en los periodos de interrupciones periódicas.

La obligación de actuar conforme al principio de buena fe contractual y de no concurrir deslealmente con la actividad del empresario acompañan al trabajador durante toda la relación laboral. No obstante, el contrato de trabajo no está exento de que se presenten ciertas vicisitudes que pueden afectar la vigencia del vínculo contractual y que merecen analizarse detenidamente en aras de determinar si la concurrencia realizada en esos periodos puede calificarse como desleal.

La relación laboral, durante su desarrollo, puede afrontar interrupciones que exoneran del cumplimiento de la prestación laboral al trabajador, más no liberan al empresario de remunerar económicamente. De este modo, el legislador exime temporalmente a una de las partes del cumplimiento de su obligación, pero mantiene la obligación de su contraparte⁵⁷¹.

Una sistematización de las interrupciones atendiendo al criterio de la frecuencia con que se dan las mismas obliga a bifurcar en dos grandes grupos: interrupciones periódicas y no periódicas. Las interrupciones periódicas comprenden el descanso diario, semanal y anual. Por su parte, las interrupciones no periódicas agrupan los permisos y licencias del trabajador.

⁵⁷⁰ STS (Sala de lo Social), sentencia de 18 enero 2005 (RJ 2005\2425)

⁵⁷¹ RIVAS VALLEJO, P.: *“La suspensión del contrato de trabajo: Naturaleza jurídica y supuestos legales”*. Ed. Bomarzo, Albacete. 2007. Pág. 138.

En el presente epígrafe, me ocuparé de las periódicas, dejando para posteriores apartados, el análisis de las interrupciones no periódicas.

La relación laboral continua vigente en todas las etapas de descanso, del trabajador y, por ende, tienen plena exigibilidad las obligaciones laborales de las partes. De este modo, el trabajador debe cumplir la obligación de no competir deslealmente en los periodos de descanso diario entre jornadas laborales del art. 34.3 ET , en el descanso o pausa en una jornada dispuesto en el art. 34.4 ET, en los periodos de descanso semanal del art. 37.1 ET y RD 561/1995, en las vacaciones anuales formuladas en el art. 38 ET y también en los festivos laborales que formula el art. 37.2 ET .

Los trabajadores, en su tiempo libre o tiempo de descanso no están liberados de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo, persistiendo el deber de buena fe que implica preservar los intereses empresariales de su empleador, estando sujetos también a la obligación de no concurrencia con la empresa, debiendo abstenerse de realizar actividades por cuenta propia o ajena que repercutan en el mismo mercado de su empleadora y que constituyan su objeto social, empleando la información o conocimientos adquiridos en su puesto de trabajo⁵⁷².

Resulta de relativa sencillez argumentar la vigencia de la abstención de competencia desleal en el descanso intrajornada, teniendo en cuenta que se considera que ese descanso está integrado en la jornada diaria, al igual que el tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo a lo expuesto en el art. 34.4 ET⁵⁷³. El mismo razonamiento puede predicarse respecto a las interrupciones diarias o semanales, que se entienden parte de “la duración de la propia prestación

⁵⁷² STSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Social) núm. 1618/2007 de 30 mayo. Estima que existe competencia desleal del trabajador que en los fines de semana y periodos vacacionales realiza trabajos de herrería, que incidían en el mismo mercado de su empleadora.

⁵⁷³ MARTÍNEZ MOYA, J.: “El tiempo de trabajo: una visión jurisprudencial”. Rev. Trabajo y asuntos sociales. No 38. 2002. Pág. 72 ss. Reseña el concepto amplio de la jornada diaria que sería la suma del tiempo de trabajo efectivo, más el tiempo de descanso.

medida en unidades⁵⁷⁴ y que se fraccionan en el tiempo como jornadas, descanso diario, semanal. Estos descansos representan tan solo cortas pausas o ausencias del puesto de trabajo⁵⁷⁵, que no alteran las obligaciones de las partes contratantes.

Aunque los anteriores argumentos son también aplicables para el periodo de descanso anual, merece una especial atención la calificación de la actividad laboral del trabajador en su periodo vacacional como actividad concurrente.

Está claro que el derecho al descanso anual concede al trabajador un periodo de inactividad laboral con remuneración económica, durante el cual está facultado para dejar de cumplir únicamente la obligación de prestar sus servicios, sin dejar de acatar las demás obligaciones que no tienen relación directa con la efectiva ejecución de la prestación⁵⁷⁶, como ocurre con el deber de no concurrencia desleal. Sin embargo, no infringe el deber de buena fe contractual, por vía de la concurrencia desleal, el trabajador que preste sus servicios en otra empresa durante su descanso anual, si en dicha actividad no concurren las notas de deslealtad.

No obstante las anteriores apreciaciones, existen algunos pronunciamientos judiciales que van en contravía de lo expuesto, e interpretan con considerable amplitud la deslealtad de la conducta por la mera realización de actividades laborales durante el periodo vacacional. Ejemplo de esto, es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Social), núm. 300/1999, de 22 marzo (AS 1999\1241), que valora como competencia desleal la actividad realizada por el trabajador para otra empresa que, aunque coincide con la realizada para la otra empresa y las dos mercantiles desempeñan actividades en el mismo mercado, no entra a valorar la deslealtad de la

⁵⁷⁴ Ibídem. P. 72 ss.

⁵⁷⁵ RIVAS VALLEJO, P.: “*La suspensión del contrato de trabajo...*” Ob. Cit. Pág. 144.

⁵⁷⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V: “Régimen jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas” RPS, No 130, abril/junio 1981. Pág.102.

conducta, sino que estima que es desleal laborar en vacaciones para otra empresa. De esta manera, se estima desleal la mera concurrencia sin que en este presente la deslealtad ya que entra a valorarse que las vacaciones tienen por finalidad un adecuado descanso que previsto para la recuperación energía en beneficio del rendimiento laboral.

Esta teoría estaba de algún modo refrendada por antecedentes normativos, tales como el art. 56 de la LCT 1931, que establecía la pérdida de la remuneración para el trabajador que realizara trabajos durante sus vacaciones. En la misma línea, el artículo 35 LCT 1944 ordenaba el reintegro de la remuneración percibida por las vacaciones. El art. 13 del Convenio de la OIT núm. 132 de 1970 preveía la adopción de medidas especiales por la autoridad competente para los trabajadores que realizaran actividades lucrativas contrarias al propósito de las vacaciones⁵⁷⁷.

Sin embargo, la STC 192/2003, de 27 de octubre, que declaró la vulneración a la tutela judicial efectiva⁵⁷⁸, descarta esta interpretación, considerando que la teoría de que las vacaciones retribuidas conllevan la obligación de descanso para reponer fuerzas laborales va en contravía de la Constitución española por representar al trabajador solo como un factor de producción, atentando contra la libertad de la persona, la dignidad y la libre personalidad⁵⁷⁹.

Es oportuno recordar que la prohibición de competencia desleal no proscribire toda prestación de servicios del trabajador, ya que solo limita las actividades que se desarrolle en el mismo campo o área de actividad de la empresa. De otro modo, la prohibición resultaría excesiva y desproporcionada y atentaría no solo contra la libertad de trabajar, sino también contra la dignidad

⁵⁷⁷ CHARRO BAENA, P., SEMPERE NAVARRO, A.V: "Libertad de trabajo durante las vacaciones". AS No 5, 2003, Pág. 448 ss.

⁵⁷⁸ MERCADER URGUINA, J.: "La aplicación del Derecho del Trabajo por el Tribunal Constitucional." En *RMTI* No 88, 2010. Pág. 163.

⁵⁷⁹ STC núm. 192/2003 de 27 octubre, valora el caso de una trabajador agrícola despedida por laborar durante su periodo vacacional.

del trabajador en cuanto supondría un control absoluto e injustificado sobre el tiempo libre del trabajador. La doctrina jurisprudencial ha clarificado que la modulación conductual del trabajador en virtud de la relación laboral no le compromete a aceptar una obligación de lealtad que represente sujeción absoluta al interés empresarial⁵⁸⁰. Así, la interpretación del principio de buena fe se debe armonizar con los principios y derechos constitucionales, toda vez que sancionar como desleal actividades lícitas del trabajador que no rivalizan con el interés empresarial ni repercuten negativamente en la empresa, como las actividades voluntarias no remuneradas desempeñadas en el tiempo libre para una entidad sin ánimo de lucro, vulneraría su dignidad, por constituir un excesivo control empresarial de la vida privada del trabajador⁵⁸¹.

En consecuencia, el trabajador puede administrar su tiempo libre sin estar obligado a reportar las actividades extralaborales, y el empleador no puede obligarle a informar sobre estas, a menos que debido a ellas haya consecuencias perjudiciales para la empresa, como sucede con las actividades de competencia desleal⁵⁸².

30.4 Competencia desleal en las interrupciones no periódicas de la prestación

Las interrupciones no periódicas tienen diferente finalidad que las interrupciones periódicas, aunque generan el mismo efecto de paralizar la obligación de una sola de las partes, que consiste en no tener que realizar

⁵⁸⁰ STC 192/2003 de 27 de octubre de 2003

⁵⁸¹ STSJ de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Social) núm. 2091/2009 de 23 junio (AS 2009\1923) Caso de un camillero que es despedido por infracción a la buena fe contractual por competencia desleal por realizar actividades de voluntario en la Cruz Roja.

⁵⁸² STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 4/2006 de 2 enero (AS 2006\278) estima que la trabajadora de una empresa de correduría de seguros con participación en una establecimiento sanitario y de balneario no estaba obligada a reportar su participación en otras sociedades mercantiles debido a que sus actividades extralaborales no ocasionaban un daño a la empresa, perteneciendo dicha información a la esfera privada salvo si interfieren o generaran repercusiones negativas para la empresa.

trabajo efectivo pero manteniendo la obligación del empresario de remunerar económicamente. Dentro de este grupo se encuentran los permisos y licencias.

30.4.1 La prohibición de competencia desleal durante los permisos laborales

Son interrupciones retribuidas y temporales del trabajador, justificadas ante determinadas circunstancias previstas en la ley⁵⁸³, principalmente en el art. 37.3 ET⁵⁸⁴, que, a diferencia de las periódicas, no tienen como finalidad el descanso del trabajador, sino que éste pueda armonizar su trabajo con otros deberes personales o legales⁵⁸⁵.

En mérito de lo expuesto, se puede inferir la absoluta vigencia de la prohibición de competencia en estos periodos, dado que el vínculo jurídico se encuentra vivo subsistiendo el carácter vinculante de las obligaciones contractuales, a excepción de prestar los servicios laborales.

⁵⁸³ CABEZA PEREIRO, J., et al: "*Tiempo de trabajo*" Ed. Bomarzo, Albacete, 2011. Pág. 209. Reseña que los permisos son "una interrupción del contrato de trabajo, donde el principio de reciprocidad de las obligaciones del trabajador y del empresario queda alterado en todos aquellos supuestos regulados en sede legal o convencional que permiten al trabajador dejar de prestar temporalmente su actividad sin pérdida de la remuneración"

⁵⁸⁴ Ibídem. Pág. 139 ss. El autor recoge los supuestos previstos en el ET: por matrimonio, por nacimiento de un hijo, por fallecimiento, accidente o enfermedad grave u hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad; por traslado del domicilio habitual, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, Las ausencias para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente, el tiempo indispensable para que la mujer trabajadora pase exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo, por nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo por lactancia de un hijo menor de nueve meses, Las debidas a nacimiento de hijos prematuros o que necesiten permanecer hospitalizados a continuación del parto, las que puedan establecerse mediante convenio colectivo para asistir a cursos o exámenes por realización de estudios (art. 23. 1 y 23.2 ET), por estancia en el domicilio familiar a consecuencia del desplazamiento, las ausencias con la finalidad de buscar empleo después de la notificación del despido por circunstancias objetivas

⁵⁸⁵ RIVAS VALLEJO, P.: "*La suspensión del contrato de trabajo...*" Ob. Cit. Pág. 138. Reseña la STSJ La Rioja, de 7 septiembre de 1992 para explicar la finalidad de los permisos.

30.4.2 El deber de no concurrir durante la suspensión del contrato de trabajo

En esta figura jurídica, el legislador faculta a los contratantes para que, ante la concurrencia de determinadas circunstancias⁵⁸⁶, lleven a cabo el cese bilateral de las prestaciones básicas o esenciales del contrato de trabajo, que se corresponden, por un lado, con la obligación de ejecutar la prestación efectiva de servicios y, por otro, con la obligación de remunerar con el salario. No obstante, la relación jurídica continua vigente, dado que la suspensión solo altera la ejecución del contrato pero no incide sobre la relación laboral⁵⁸⁷. En consecuencia, el resto de derechos y deberes entre las partes sigue activo, ya que se asocian al vínculo contractual sin supeditarse a la ejecución material de la prestación de trabajar ni a su remuneración⁵⁸⁸.

La continuidad o pervivencia de los demás deberes contractuales atañe principalmente a las obligaciones derivadas de la buena fe contractual⁵⁸⁹ que vincula a las partes durante toda la relación laboral, resultando inalterable su exigibilidad durante las vicisitudes de la relación laboral. No obstante, el deber de buena fe tiene ahora menor ámbito de aplicación, dado que no puede exigirse su presencia en las prestaciones que no son ejecutadas por la suspensión del contrato; sin embargo, la prohibición de competencia desleal del art. 21.1ET, la obligación de guardar secreto y otras expresiones del deber

⁵⁸⁶ BOTANA LÓPEZ, J.M: "Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral". *RVMITAS* No 38. 2002. Pág. 269. Consigna las causas de suspensión: mutuo acuerdo de las partes, las consignadas válidamente en el contrato, incapacidad temporal de los trabajadores, Maternidad, privación de libertad del trabajador, suspensión por motivos disciplinarios, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, fuerza mayor temporal, por el ejercicio del derecho de huelga, excedencia forzosa, en caso de promoción interna por la que se opere un cambio de funciones que implique el cese como trabajador común para acceder a un puesto de alta dirección.

⁵⁸⁷ VIDA SORIA, J.: "Configuración jurídica general de la suspensión del contrato de trabajo" comunicación al congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Tema II, Barcelona, *RPS No 170*, 1966, Pág. 261 ss.

⁵⁸⁸ RIVAS VALLEJO, P.: "*La suspensión del contrato de trabajo...*" Ob. Cit. Pág. 108.

⁵⁸⁹ CRISTÓBAL RONCERO, R.: "Suspensiones y excedencias del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas" *RMTI*. No. 93, Junio 2011, Pág. 302.

de buena fe sí tienen absoluta validez⁵⁹⁰. Otros derechos y deberes que mantienen su vigencia son el derecho de libre sindicación del art. 4.1 ET y la facultad de constatar el estado de enfermedad o accidente del trabajador del art. 20.4 ET⁵⁹¹.

Los supuestos de suspensión del contrato, enumerados en los arts. 45, 46, 47 y 48 ET, pueden clasificarse en dos tipos, de acuerdo al sujeto que los origina⁵⁹²; unos son generados por el trabajador y otros tienen su origen en el empresario. En el primer grupo, se encuentran la incapacidad temporal⁵⁹³, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, cumplimiento del servicio militar o prestación social sustitutoria, ejercicio de cargo público representativo, privación de libertad del trabajador y la excedencia forzosa. Por otro lado, los supuestos originados por el empresario se corresponden con las denominadas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, huelga o cierre patronal, así como la suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias⁵⁹⁴. Finalmente, otras causas que no pueden atribuirse exclusivamente al empresario o al trabajador son las pactadas por mutuo acuerdo de las partes y las causas consignadas válidamente en el contrato, con la excepción de la fuerza mayor temporal.

Enfatizando en algunas de las principales causas de suspensión, se debe reafirmar que la imposición de la suspensión de empleo y sueldo por

⁵⁹⁰ RIVAS VALLEJO, P.: “*La suspensión del contrato de trabajo...*” Ob. cit. Pág. 123.

⁵⁹¹ BOTANA LÓPEZ, J.M: “Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión...” Ob. Cit. Pág. 267 ss. Establece los deberes que continúan vigentes con base en la sentencia de 11 de diciembre de 1989

⁵⁹² CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Suspensiones y excedencias del personal laboral al servicio...” Ob. Cit. Pág. 302 También se pueden clasificar en generales del art. 45 ET o cualificadas del art. 46 ET.

⁵⁹³ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 262/2012 de 11 abril (AS 2012\1535). Despido procedente por competencia desleal durante incapacidad temporal, por realizar ofertas y trabajos a nombre propio, desempeñando las mismas actividades que realizaba para su empleadora, además de subcontratar para tal fin a una empresa que rivalizaba en la competencia con ésta, perjudicando a su empresa empleadora.

⁵⁹⁴ RIVAS VALLEJO, P.: “*La suspensión del contrato de trabajo...*” Ob. Cit. Pág. 152 ss.

razones disciplinarias formulada en el art. 45.1.h) ET conlleva la imposibilidad de prestar el servicio y de devengar el salario, pero sin que se puedan realizar actividades desleales contra el empleador⁵⁹⁵.

De otro lado, en las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción formulada en los arts. 47.1 y 45.1.j) ET, el trabajador debe seguir respetando el deber de buena fe, aunque esto no impide que pueda laborar para otra empresa sin menoscabar los intereses empresariales, salvo que vulnere el límite impuesto por el legislador de no competir deslealmente, en cuyo caso podría hacerse acreedor de la sanción extintiva de la relación laboral⁵⁹⁶. La jurisprudencia ha precisado que el expediente de regulación temporal de empleo causa el efecto de suspender la relación laboral y sus obligaciones, sin que exista, por ende, un deber a cargo del empresario de retribuir a sus trabajadores, quienes, por su parte, no están obligados a trabajar, ni a abstenerse de concurrir con la actividad empresarial, ya que el deber de buena fe que les vincula en etapas de suspensión contractual no imposibilita la prestación de servicios⁵⁹⁷.

No obstante, esas actividades que no constituyen un incumplimiento contractual y, por tanto, no pueden ser objeto de sanción disciplinaria del empresario, podrían en algunos casos conllevar a una infracción laboral por el disfrute indebido de prestaciones por desempleo⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ STS (Sala de lo Social) de 14 mayo 1986 (RJ 1986\2555). Estima desleal que el trabajador durante sanción disciplinaria de suspensión de empleo y sueldo labore en una empresa bancaria ubicada en la misma localidad que su empleadora, que desempeñaba el mismo objeto social. Reseña que “La suspensión disciplinaria de empleo y sueldo del artículo 45-1,h) del Estatuto de los Trabajadores es claro que no extingue el contrato sino tan sólo implica la prohibición de prestación de servicio y percepción de sueldo, mas continúa la relación y trabajador y empresario siguen vinculados, y con los deberes básicos por parte de aquéllos de no concurrencia con la actividad de la empresa a que se refiere el artículo 5, d), en relación con el 21 ET”.

⁵⁹⁶ STS 7 mayo 1990, RJ 3973. Así también, CAVAS MARTINEZ, F.: “Suspensión del contrato de trabajo y reducciones de jornada por causas objetivas” Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales, No 22, 2009. Pág. s. 103.

⁵⁹⁷ STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social) núm. 794/2012 de 8 marzo (AS 2012/1002) no estima deslealtad en las actividades de albañilería que realizaron los trabajadores en expediente de regulación de empleo.

⁵⁹⁸ STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social) núm. 794/2012 de 8 marzo (AS 2012\1002)

Al hilo de lo expuesto, no es difícil tarea deducir que las obligaciones del trabajador hacia su patrono, incluyendo la no competencia, se encuentran activas también en el periodo de incapacidad laboral, dado que la relación laboral se encuentra vigente aunque el trabajador no esté en capacidad de realizar su prestación laboral⁵⁹⁹.

El juicio de reproche por desempeñar actividades competenciales para la empresa competidora de su empresario en situación de incapacidad laboral se intensifica, teniendo en cuenta que algunos tribunales consideran que es objetable desempeñar actividades laborales en esta situación, porque se entiende que atentan contra la buena fe contractual, ya que se deduce que en este periodo el trabajador no está en capacidad de laborar y debe destinar su esfuerzo a la recuperación, pudiendo incluso incurrir en infracciones a la Seguridad Social⁶⁰⁰.

Por otra parte, en el supuesto de huelga, se ha establecido que el empresario está facultado para exigir el cumplimiento de la obligación de no competencia desleal y para imponer la respectiva sanción disciplinaria ante dicho incumplimiento⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ STSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 875/2007 de 30 mayo. (JUR 2007\277175) estima la procedencia del despido del trabajador por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza por realizar actividades laborales concurrentes durante su periodo de incapacidad en una empresa familiar con proximidad geográfica a la empleadora, desempeñando ambas el mismo objeto y disputándose la misma clientela.

⁶⁰⁰ En esa misma línea, STSJ de C. Valenciana, (Sala de lo Social) núm. 2351/2000 de 1 junio (JUR 2000\282497) estima como competencia desleal la actividad del trabajador desempeñada en una empresa competidora de su empleadora en situación de incapacidad temporal. Otra sentencia sobre la competencia desleal en periodos de baja laboral es la STS de 8 de Julio de 1983 (RJ 1983, 4520)

⁶⁰¹ AGRA VIFORCOS, B.: “La competencia desleal (art. 21.1 del Estatuto de los Trabajadores) en el desarrollo...” Ob. Cit. Pág. 572 y 573. La misma reflexión sobre la exigencia de la obligación de concurrencia desleal aplica en un supuesto de suspensión previsto solo para tiempos de guerra: la prestación del servicio militar o prestación sustitoria.

30.4.3 La prohibición de competencia desleal en la excedencia voluntaria

El artículo 46 del ET regula las excedencias laborales formulando dos clases de excedencia: la voluntaria y la forzosa⁶⁰². La excedencia voluntaria ha sido dotada por el legislador de un status jurídico distinto al otorgado a las otras vicisitudes laborales, debido a la menor entidad del interés protegido, ya que esta específica vicisitud obedece generalmente, aunque no siempre, a un interés personal relativo a la promoción profesional del trabajador, mientras que en otros supuestos de suspensión se refiere a impedimentos o incompatibilidades que no permiten la ejecución de la prestación laboral⁶⁰³.

La excedencia voluntaria presenta los rasgos definitorios de “temporalidad, no prestación del trabajo, no remuneración, vigencia aletargada o adormecida del contrato y derecho preferente al reingreso”⁶⁰⁴. A pesar de ser una norma de derecho necesario, no tiene un carácter absoluto, debiendo armonizar con el deber de no concurrencia desleal, dado que no implica la extinción del vínculo contractual sino la suspensión del contrato de trabajo⁶⁰⁵.

A pesar de las acusadas diferencias entre las excedencias forzosa y voluntaria, convergen las dos en el mismo efecto de eximir temporalmente de la ejecución de la prestación laboral al trabajador y de no ser objeto de remuneración empresarial, concurriendo ciertas características y efectos

⁶⁰² STS de 19 de Enero de 2007 (RJ 2007, 1912) Hay que diferenciar entre la excedencia forzosa, la cual da derecho a conservar el puesto de trabajo, y la excedencia voluntaria, que por regla general no otorga el derecho a reincorporarse sino una mera expectativa de ser readmitido, pero condicionado a la disponibilidad de puestos de igual o similar categoría, cabe matizar que en algunos supuestos de excedencia voluntaria como la excedencia por cuidado de hijos, se reconoce el derecho a reincorporarse durante un tiempo.

⁶⁰³ En ese sentido, se expresa el STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 215/2011 de 14 enero AS 2011\926, así como la STS de 25 de octubre 2000 (RJ 2000, 9676) que consigna que la excedencia voluntaria no amerita preservar para el excedente un puesto de trabajo, que demerite en “la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya o del propio interés de la empresa”.

⁶⁰⁴ STS (Sala de lo Social) de 18 mayo 1990 RJ 1990\4358

⁶⁰⁵ STS de 3 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7526) También expresa la necesidad de armonizar la excedencia con la prohibición de competencia desleal, también el STS (Sala de lo Social) de 18 mayo 1990 RJ 1990\4358

propios de la suspensión laboral. Con todo, algunos sectores de la doctrina no ubican a la excedencia voluntaria dentro de los supuestos de suspensión. Esto se debe a que, al finalizar la excedencia, el trabajador solo goza de un derecho preferente a la reincorporación, lo cual lo distingue de los supuestos de suspensión, en el que sí está inmersa la excedencia forzosa, dado que el art. 45 ET incluye explícitamente este supuesto.

La doctrina no es unánime en determinar la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria. Como consecuencia de esto, tampoco existe uniformidad doctrinal respecto a la pervivencia del deber de buena fe durante la excedencia voluntaria. La doctrina formula hasta tres teorías disímiles que instalan a la excedencia voluntaria en órbitas jurídicas distintas. Un grupo doctrinal minoritario identifica a la excedencia como una causal de extinción del contrato de trabajo. Otro sector mayoritario la ubica en los supuestos de suspensión laboral con unos efectos particulares, debido a la atenuación o debilitamiento de la relación jurídica⁶⁰⁶. Finalmente, un tercer sector de la doctrina es partidario de situarla a medio camino entre la figura extintiva y la suspensiva, con características propias pero con efectos suspensivos⁶⁰⁷.

Para el sector doctrinal mayoritario, la excedencia voluntaria no extingue el contrato laboral, pero sí constituye una “suspensión de la ejecución actualizada de sus prestaciones constitutivas”⁶⁰⁸, que es precisamente lo que permite que mantenga el derecho a reingresar a la empresa. Por tanto, el trabajador debe ajustar su comportamiento al deber genérico de buena fe⁶⁰⁹ y

⁶⁰⁶ STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 1994 (AS 1994,604), STSJ de Murcia de 2 de octubre de 1992 (AS 1992, 5046)

⁶⁰⁷ STSJ de Navarra, (Sala de lo Social) núm. 153/2000 de 28 abril AS 2000\1017 reseña las diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria. Por otra parte, ponen de manifiesto las dos vertientes doctrinales antagónicas (la teoría suspensiva y la teoría extintiva) autores como, AGRA VIFORCOS, B.: “La competencia desleal (art. 21.1 del Estatuto de los Trabajadores) en el desarrollo...” Ob. Cit. Pág. 576. LOPEZ ANIORTE, M.C.: “La competencia del trabajador con su empresa” Ob. Cit. Pág. 60, NEVADO FERNANDEZ, M.J.: “Las restricciones a la competencia...” Ob. Cit. Pág. 103. NOGUEIRA GUASTAVINO, M: “La prohibición de competencia desleal...” Ob. Cit. Pág. 324.

⁶⁰⁸ STS de 7 mayo 1984 (RJ 1984\2972).

⁶⁰⁹ Es abundante la jurisprudencia partidaria de la teoría de la suspensión y subsistencia del deber de buena fe durante dicho periodo, STS de 7 mayo 1984 (RJ 1984\2972), STS 23 de

los derivados de este, como el deber específico de no concurrir deslealmente con la actividad de la empresa, so pena de afectar el derecho al reintegro. Ha de aclararse, que el precepto legal que consagra la excedencia voluntaria no alude ni limita la realización de labores al personal que se encuentre en ella⁶¹⁰.

Aunque minoritaria, también es oportuno reseñar la perspectiva judicial que, si bien coincide en calificar a la excedencia voluntaria como suspensión, le concede efectos jurídicos diferentes, no reconociéndole la vigencia de la prohibición de competencia desleal⁶¹¹. En esa línea de pensamiento, se mueve la sentencia núm. 1392/2004, de 2 julio (AS 2004\3845), del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social), que estima que la excedencia “exime del deber de no concurrir, o si lo hace no incide en la causa de despido, siempre y cuando la concesión de la misma no se condicione a la no concurrencia, o que la prohibición no conste expresamente en una norma sectorial”.

Para otro grupo minoritario de autores, la excedencia es un claro supuesto de extinción, en el cual las partes, incluyendo al trabajador, están eximidas del cumplimiento de las obligaciones contractuales. Desde esta perspectiva extintiva, a través del acuerdo de voluntades podría establecerse la condición de una futura readmisión del trabajador a la abstención de competencia desleal. Así, algunos convenios colectivos supeditan la

marzo de 1983 (RJ 1983, 1179), STS de 8 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5080), STS de 20 de septiembre de 1984 (RJ 1984, 4440), STS de 30 de Octubre de 1985 (1985, 5248), STS de 21 de abril de 1986 (RJ 1986, 2213), STS de 14 de enero de 1987 (RJ 1987, 27), STS de 28 abril 1987 (RJ 1987, 2818), STS de 23 de Julio de 1987 (RJ 1987, 5721), STS de 22 de Septiembre de 1987 (RJ 1987, 6263), STS de 25 de Enero de 1988 (RJ 1988, 45), STS de 6 octubre 1989 (RJ 1989, 7123) y STS de 21 febrero 1992 (RJ 1992, 1047). STSJ de Justicia de País Vasco de 24 octubre 1994 (AS 1994\4072). También hay autores, como NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *“La prohibición de competencia desleal...”* Ob. Cit. Pág. 326. Que afirman que es un supuesto de suspensión, aunque tampoco se puede esgrimir que haya una absoluta correspondencia entre el régimen de la excedencia voluntaria y la suspensión, debiendo diferenciarse el régimen de la competencia en ese supuesto de excedencia.

⁶¹⁰ STSJ de Aragón, (Sala de lo Social, Sentencia núm. 107/2008 de 13 febrero (AS 2008\1105) considera que no existe competencia desleal por parte de un trabajador que pidió una excedencia de 3 años y laboro los últimos 6 meses de ese periodo para una empresa pública, que no constituyen competencia para la empleadora, por lo tanto no tiene las características de actividad concurrente desleal.

⁶¹¹ STS (Sala de lo Social) de 7 mayo 1984 RJ 1984\2972.

readmisión del excedente voluntario a la no realización de actividades concurrenciales. Esta posibilidad de condicionar el reingreso a la no concurrencia puede servir de argumento base para la teoría de la extinción, ya que si se alega que el vínculo jurídico y sus obligaciones se mantienen en la excedencia voluntaria, sería redundante e inócuo gravar al trabajador con esta prohibición prevista legalmente como un deber inherente a la relación laboral.

Las actividades prohibidas durante la excedencia deben restringirse “a las actividades que priven de sentido al restablecimiento de los plenos efectos de la relación de trabajo cuando (aquella) finalice, resultando por ello imprescindible analizar en cada caso el tipo de relación de trabajo de que se trate, las características de los puestos y las del sector de actividad en que se cuestiona la producción de concurrencia desleal”⁶¹². Así, en algunos casos se ha reparado en la distancia en el tiempo en que se iniciaron las actividades en la empresa competidora una vez fue concedida la excedencia voluntaria⁶¹³; en la naturaleza poco calificada de las funciones realizadas por el trabajador para la empleadora y la poca duración de la prestación de los servicios para la otra empresa⁶¹⁴, o en la distinta categoría del cargo y de las actividades realizadas durante la excedencia en comparación con las funciones realizadas para su empresario principal⁶¹⁵.

⁶¹² STSJ de Aragón (Sala de lo Social) núm. 107/2008 de 13 febrero (AS 2008\1105). STS (Sala de lo Social) de 18 mayo 1990 (RJ 1990\4358), STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 3081/2001 de 4 abril (AS 2001\2306).

⁶¹³ STS (Sala de lo Social) de 14 mayo 2008 (RJ 2008\5093). Distingue en los supuestos planteados en dos casos citados como sentencias de contraste, avalando la distinta consecuencia jurídica a la que llegaron los pronunciamientos judiciales además de la distancia temporal, por la distinta naturaleza de las funciones de los trabajadores, dado el cargo de confianza del trabajador que laboraba en un banco y en el otro en que era un camarero.

⁶¹⁴ STSJ de Islas Baleares núm. 594/2003 de 22 septiembre (AS 2004\28). El trabajador realizó la misma actividad para las dos empresas competidoras, pero la naturaleza de sus labores como vigilante, durante poco tiempo no generaba ventaja competitiva, ni podía desviar clientes, ni tenía acceso a secretos ni técnicas que divulgar, tampoco fue objeto de una formación especializada; ni estaba en posesión de información privilegiada.

⁶¹⁵ STSJ de Cataluña núm. 1479/2011 de 24 febrero AS 2011\1725 valora improcedente el despido, por la naturaleza distinta de las funciones realizada por la trabajadora, ya que en la empresa empleadora laboraba como manager del sector servicios y de tecnologías de la información, pero durante el período de excedencia, laboró como consultora-analista de contabilidad y asociación, sin importar que ambas empresas se dedicaran a la misma actividad de consultoría.

Resalta la sentencia núm. 1479/2011, de 24 febrero (AS 2011\1725), del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que la deslealtad debe materializarse en circunstancias tales como la revelación de secretos industriales, la captación de clientes⁶¹⁶, el aprovechamiento de sus conocimientos sobre técnicas o información de procesos productivos, organizativos, financieros o comerciales de la empresa⁶¹⁷, o demás formas que deriven en sacar ventaja del empleador y que, por tanto, permitan evidenciar la infracción a la buena fe contractual.

En oposición a la anterior tesis, diversos pronunciamientos judiciales sancionan la competencia desleal prescindiendo de la constatación y valoración del rasgo de deslealtad de la conducta, equiparando simple competencia con concurrencia desleal. Esta orientación jurisprudencia presume que realizar el mismo tipo de trabajo durante la excedencia, en la misma área de mercado y en la misma localidad constituye competencia desleal, omitiéndose el análisis de otras circunstancias importantes, como la naturaleza de las funciones realizadas por el trabajador⁶¹⁸, o limitándose el análisis jurídico a la simple comparación de los objetos sociales de las empresas, elemento que no resulta suficiente para acreditar la dedicación de las empresas involucradas en la misma o similar área⁶¹⁹.

⁶¹⁶ STSJ de Cataluña 1479/2011 de 24 febrero (AS 2011\1725)

⁶¹⁷ STSJ de Navarra (Sala de lo Social) núm. 153/2000 de 28 de abril (AS 2000, 1017)

⁶¹⁸ STSJ de País Vasco de 24 octubre 1994 (AS 1994\4072) STSJ de Madrid de 26 noviembre 1997 AS 1997\4257 "acreditada la realización por el trabajador de idénticos servicios en una y otra empresa, cuando éstas se ubican en igual área geográfica y pertenecen al mismo sector, coincidiendo su objeto social, no ofrece duda la concurrencia ilícita, la conducta desleal y, por ende, la transgresión de la buena fe contractual al haberse quebrantado el deber básico que tiene el trabajador de no concurrir con la actividad del empresario [artículo 5, d) ET], durante la excedencia voluntaria". Sentencia de 18 noviembre 1993 AS 1993\4782 del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, "vulneró el Convenio Colectivo que dispone que el disfrute de excedencia es incompatible con el ejercicio de la profesión en el mismo término municipal, pues por concurrencia desleal se entiende la dedicación a actividades laborales de la misma naturaleza o rama de la producción de la que se están ejecutando en virtud del contrato de trabajo" prescindiendo de valorar las labores realizadas por el trabajador, que correspondían a la hostelería.

⁶¹⁹ En el mismo sentido, STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Auto de 11 enero 2007 JUR 2007\98489.

Es necesario, por tanto, discernir entre la abstención legal de concurrencia desleal y la prohibición de mera concurrencia o simple competencia, ya que constituyen dos conceptos distintos. Está claro que, por mandato legal, el trabajador está obligado a abstenerse de competir deslealmente a su empresario durante la relación laboral, incluyendo el periodo de excedencia voluntaria, pudiendo afectar el derecho al ingreso preferente del trabajador⁶²⁰. Sin embargo, el trabajador puede concurrir libremente con su empresario sin que constituya por sí mismo una vulneración a la buena fe contractual, salvo que por convenio colectivo se pacte la prohibición de la competencia “simple”, se prohíba expresamente por escrito⁶²¹ o se den las notas de deslealtad⁶²².

La excedencia voluntaria se vale de los convenios colectivos para complementar su regulación, pues algunos de estos incorporan, como consecuencia jurídica del comportamiento desleal, la privación del derecho al reintegro, a veces, o prohíben la excedencia por motivos de prestación de servicios para una empresa de la competencia⁶²³. Sin embargo, no es necesario que el convenio colectivo expresamente proscriba la conducta desleal, ya que se entiende tácitamente consagrada por ser un mandato legal

⁶²⁰ DE VAL TENA, A. L.: *“La prohibición de concurrencia entre empresario...”* Ob. Cit. Pág. 21.

⁶²¹ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 1078/2004 de 1 diciembre (AS 2004\3275) Imprudencia de los despidos de los trabajadores por constitución de una empresa competidora de ascensores en concurrencia con la actividad de su empresario durante la de excedencia voluntaria, ya que la empleadora no realizó “ninguna limitación en cuanto a la posibilidad de realizar trabajos concurrentes durante la situación de excedencia reconocida, y sin que asimismo se establezca tal proscripción en el Convenio Colectivo” STSJ de Islas Canarias núm. 156/2007 de 22 febrero AS 2007\1953. Declara el despido improcedente de un conductor que trabajó durante la excedencia en empresa de transporte sanitario. “Se exige que la concurrencia que realiza el trabajador sea desleal o que cause perjuicio, bien material o sólo potencial o bien exista prohibición del convenio colectivo o exista pacto individual (STSJ Madrid núm. 1076/2004 de 01 de diciembre de 2004 (AS 2004, 3318))”

⁶²² STSJ de Navarra (Sala de lo Social) núm. 153/2000 de 28 de abril (AS 2000, 1017) afirma que “la competencia simple no supone en sí misma una transgresión de la prohibición”

⁶²³ LOPEZ ANIORTE, M.C.: *“La competencia del trabajador....”* Ob. Cit. Pág. 60.

previsto en el ET⁶²⁴. Lo que sí debe estipularse en el convenio colectivo, para exigirse, es la prohibición de simple concurrencia o, más bien, la incorporación de una condición resolutoria ante la mera concurrencia.

Es menester distinguir las actividades concurrenciales del trabajador y las actividades que constituyen concurrencia desleal. Así, mientras una se refiere a la simple concurrencia que puede conectar con actividades relevantes más no desleales, la otra atañe a la competencia prohibida en el art. 21 ET. Esta distinción permite conferir a ambas una diferente vigencia en la excedencia voluntaria, ya que lo que proscribe el legislador es la conducta desleal, no la simple concurrencia. No sobra agregar, que esta simple concurrencia puede prohibirse durante la excedencia voluntaria por convenio colectivo o pacto particular, debiendo armonizarse, en todo caso, con el ordenamiento jurídico so pena de nulidad⁶²⁵.

Se puede regular a través de convenio colectivo empresarial o sectorial o a través de pacto individual, que deberá observar lo establecido por las normas de derecho necesario, ya que “no puede ir en contra del régimen legal de la excedencia voluntaria, estableciendo una exigencia que no tenga apoyo en la ley”⁶²⁶.

Una vez pactada la obligación, se entiende que fue aceptada por el trabajador, resultando procedente la extinción de la relación laboral. Esa cláusula constituye una condición resolutoria sobre el futuro derecho de reingreso, facultando la extinción de la relación laboral por concurrencia en la excedencia voluntaria, pero no configura un despido⁶²⁷.

⁶²⁴ STSJ de País Vasco 24 octubre 1994 (AS 1994\4072) del Tribunal Superior de Justicia, “Aunque el Convenio Colectivo no limite explícitamente el ejercicio del derecho a la excedencia voluntaria a la prohibición de concurrencia ha de entenderse que implícitamente lo hace”

⁶²⁵ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “*La prohibición de competencia desleal...*” Ob. Cit. Pág. 334. La autora pone de relieve que en ningún caso podrá limitarse el derecho a la excedencia voluntaria más allá de lo previsto por el ET, como generalizar los supuestos de prohibición de competencia aun cuando estas no sean relevantes.

⁶²⁶ En el mismo sentido, STS (Sala de lo Social) Auto de 11 enero 2007 (JUR 2007\98489)

⁶²⁷ STS (Sala de lo Social) Sentencia de 18 mayo 1990 (RJ 1990\4358).

Aun cuando exista pacto individual que prohíba la simple concurrencia, es menester valorar la categoría y funciones del trabajador, y si existe un efectivo interés industrial o comercial que justifique la imposición de tal acuerdo restrictivo, ya que, ante ausencia de conocimientos o de información del trabajador que puedan menoscabar de interés de la empresa, no se entendería la procedencia de este acuerdo⁶²⁸. La cláusula calificada como abusiva, por vulnerar del orden público laboral y transgredir la libertad de trabajo, será sancionada con la ineficacia, teniéndose por no puesta⁶²⁹.

Por vía jurisprudencial se ha estimado que, ante la ausencia de regulación expresa en el convenio colectivo sobre la concurrencia durante la excedencia voluntaria, el pacto privado que prohíbe la concurrencia es ineficaz si la trabajadora no lo aceptó⁶³⁰ o porque va en “contra de las condiciones y límites fijados convencionalmente” siendo mucho más restrictivo ese régimen que lo acordado por el convenio colectivo⁶³¹, o debido a que no se acreditó “el aprovechamiento de datos internos de la empresa demandada o desviación real o potencial de clientela, ni la relación de competencia entre las dos empresas”⁶³².

Por otra parte, los órganos judiciales no han estimado competencia desleal, aun existiendo disposición convencional que la prohibía, debido a que

⁶²⁸ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 215/2011 de 14 enero (AS 2011\926)

⁶²⁹ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 1479/2011 de 24 febrero (AS 2011\1725)

⁶³⁰ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 1479/2011 de 24 febrero (AS 2011\1725). Se considera una cláusula unilateral y abusiva”

⁶³¹ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 215/2011 de 14 enero (AS 2011\926). Despido Improcedente. Afirma la sentencia “Ninguna eficacia puede tener el acuerdo individual que no mejora la condiciones legalmente o convencionalmente fijadas, ya que el pacto individual, es mucho más limitativo porque extiende la prohibición a toda “prestación de servicios en otra empresa que se dedique a la misma actividad, o en empresas similares de competencia”, más allá de que sean “competitivas” como señala el convenio colectivo. Además por la categoría y funciones del trabajador, la empresa no tiene un efectivo interés industrial o comercial, el trabajador no tiene conocimientos de procesos de tal transcendencia que puedan perjudicar a la empresa o hacerles perder clientela”

⁶³² En el mismo sentido, STS (Sala de lo Social) Auto de 11 enero 2007 (JUR 2007\98489).

la conducta del trabajador no tenía la suficiente entidad por la corta duración⁶³³, porque, a pesar de la prohibición convencional de laborar durante la excedencia en empresa similar, el trabajador prestó sus servicios en una entidad que no puede considerarse similar⁶³⁴, o, aun siendo de naturaleza similar, la empresa se encuentre ubicada en localidad distinta que la empresa principal⁶³⁵,

La Sentencia núm. 60/2010, de 4 febrero (AS 2010\1083), del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Social), señala que, aunque el convenio colectivo grave al trabajador excedente con la prohibición de simple concurrencia, para imponer la sanción o consecuencia jurídica que contemple la norma convencional, debe darse la vulneración efectiva de la buena fe que no se evidencia en la actividad de un conductor de un camión de una entidad bancaria que presto servicios para otra entidad ubicada en otra zona geográfica.

Afirma la Sentencia núm. 3088/2006, de 21 abril (AS 2006\3012), Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), que la infracción a la prohibición de simple competencia durante la excedencia voluntaria no es un supuesto de competencia desleal ni de concurrencia, sino un mero incumplimiento contractual que faculta resolver la relación contractual, dado que se establece previamente una condición que motiva la consecuencia jurídica de la resolución.

⁶³³ STSJ de Aragón, (Sala de lo Social) núm. 107/2008 de 13 febrero (AS 2008\1105). Reseña que a pesar de que el Convenio Colectivo señala una restricción concreta a la posibilidad de trabajar durante la excedencia voluntaria en entidades similares, no puede considerarse que la conducta del trabajador tiene las características significativas de la existencia de actividad concurrente desleal, ya que no se utilizó contra la propia empresa el conocimiento profesional adquirido por el trabajador en la misma, ni respecto a la clientela, ya que durante la mayor parte del período de excedencia el trabajador ha prestado servicios en empresas públicas ajenas a la competencia de la demandada, y sólo en los cinco meses últimos del período de excedencia trabajó en un consultorio privado, prestación de servicios que carece, además, de entidad suficiente como para justificar el despido.

⁶³⁴ STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social) núm. 210/2007 de 15 marzo (AS 2007\1767). Declara el derecho a la trabajadora a la excedencia voluntaria. La actora prestaba servicios sanitarios en una residencia geriátrica no integrada en el Sistema Público de Salud, atendiendo a personas de edad avanzada y/o dependientes, mientras que la otra empresa si estaba integrada en el sistema Público de salud, y sus labores se circunscribían al servicio de ambulancias.

⁶³⁵ STSJ de Extremadura, (Sala de lo Social) núm. 60/2010 de 4 febrero AS 2010\1083.

La doctrina judicial no es siempre pacífica en la interpretación de las actividades concurrentes durante la excedencia, ya que en algunos supuestos ha valorado la existencia de infracción aun cuando haya distinta ubicación geográfica y social entre las empresas, y no se haya evidenciado perjuicio en la empleadora, presumiendo *iuris tantum* que toda actividad análoga o idéntica que realice el trabajador ocasiona perjuicio, radicando su argumentación en la prohibición de mera concurrencia prevista en el convenio colectivo aplicable⁶³⁶. Es necesario valorar los aspectos particulares del caso, ya que algunos tribunales han considerado que no se estima competencia desleal cuando no hay ánimo de ocultación sobre la intención de laborar en otra empresa, pues, aunque la trabajadora iba a desempeñar idénticas funciones, las dos empresas no estaban en el mismo ámbito de mercado⁶³⁷.

Para finalizar cabe mencionar brevemente el régimen especial previsto en la relación laboral especial de abogado, formulado en el art. 20.1 RD 1331/2006 de 17 de noviembre, que prevé la pérdida del derecho al reintegro para el abogado que sin autorización ejerza en otro despacho durante la excedencia voluntaria.

30.5 Concurrencia desleal durante el tiempo de duración del preaviso

Aun cuando se aproxime la finalización de la relación laboral por voluntad del trabajador manifestada a través del preaviso, las obligaciones laborales, incluyendo la no concurrencia, siguen vigentes para el trabajador mientras subsista la relación laboral. Aunque a todas luces es inocua la

⁶³⁶ STSJ de Galicia, (Sala de lo Social) de 25 marzo 1992 (AS 1992\1254). En un supuesto de excedencia voluntaria por motivos económicos y familiares, el trabajador realizaba idéntica labor que en su empresa de procedencia, como Jefe de Cocina, se declara la procedencia del despido, haciendo prevalecer la norma contenida en el art. 14 del Convenio de hostelería que sólo permitía la realización de la actividad semejante a la llevada a efecto en la empresa cuando la misma se ejecute en el extranjero.

⁶³⁷ STSJ de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 1626/2005 de 1 diciembre AS 2005\3586. El Tribunal considera que debe concederse la excedencia voluntaria a la trabajadora para desempeñar las mismas funciones de auxiliar de enfermería, pero en una empresa que no repercute en el mismo ámbito de mercado.

imposición en este periodo de la sanción de despido por competencia desleal, puesto que ya está *ad portas* de terminarse la relación laboral, no obstante también pueden emprenderse otras acciones, como la indemnización por daños y perjuicios, en la eventualidad que estos se hayan ocasionado.

30.6 Competencia desleal durante la tramitación de un despido

Por otro lado, cuando las actividades competenciales se realizan durante la tramitación de una reclamación por despido, algunos órganos judiciales estiman que la relación laboral no está viva y, por tanto, no podría exigirse el cumplimiento de la obligación de no competencia desleal⁶³⁸. Sin embargo la mayoría de la doctrina judicial entiende que, si el trabajador contesta el despido y este es anulado o declarado improcedente, optando el empresario por la readmisión, se reaviva la relación laboral⁶³⁹.

En ese tenor se expresa la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 1982/2000, de 1 marzo (AS 2000\1669), que estima que la realización del comportamiento desleal durante el periodo en que el despido es declarado procedente en primera instancia y declarado improcedente en suplicación, no le concede indemnidad a la competencia desleal, ya que aún no estaba extinguida la relación laboral, dado que la sentencia de instancia no era firme. Agrega además que, aun aceptando la teoría de la extinción de la relación laboral cuando no era firme la sentencia, debe igualmente concluirse que cometió competencia desleal “desde el momento en que la empresa optó por el reingreso”.

⁶³⁸ STSJ de Navarra, (Sala de lo Social núm. 249/2010 de 17 septiembre (AS 2010/2934).

⁶³⁹ STSJ de Canarias/Las Palmas de 28 de marzo de 2001 (AS 2001, 2736). STS de 21 de Marzo de 1990 (Ar. 2203). En el mismo sentido se expresa DE VAL TENA, A. L.: “*La prohibición de concurrencia entre empresario...*” Ob. Cit. Pág. 20. “Recurrida la sentencia que declaro improcedente el despido y habiéndose optado por la readmisión, se abona al trabajador su retribución sin compensación o contraprestación por parte de este. En tal caso el deber legal de no competencia desleal no pierde en absoluto su virtualidad”

Las posibilidades que despliega un despido improcedente son diversas y no permiten una generalización, por lo que ante cada supuesto debe individualizarse la admisión de la vigencia de la competencia deslealtad. Si el empresario elige readmitir al trabajador y recurre la decisión judicial, el trabajador debe abstenerse de realizar competencia desleal. Pero, por el contrario, si elige indemnizar y recurre la sentencia, no podrá estimarse la existencia de competencia desleal si el trabajador labora para otra empresa, debido a que, sea cual sea el sentido de la sentencia, los efectos de la misma no producirán la reactivación de la relación laboral, pues, de un lado, si la sentencia se pronuncia declarando la procedencia del despido, no se continuará con la relación laboral, y, de otro, si la sentencia confirma la decisión de instancia, el empleador, al optar por la indemnización, ya ha extinguido la relación laboral. Finalmente, si la sentencia declara la nulidad del despido, sí cabría la posibilidad de estimar la existencia de concurrencia desleal del trabajador⁶⁴⁰.

31 La prohibición de competencia desleal al finalizar la relación laboral

La prohibición de competencia desleal del art. 21 ET impera durante toda la relación laboral, y concluye al finalizar el contrato de trabajo. De esta manera el trabajador, deudor de la obligación, una vez finalizada la relación laboral se libera del cumplimiento de la obligación de no hacer concurrencia desleal a su empresario. No obstante lo anterior, la exigencia de la buena fe puede sobrevivir a la finalización del contrato de trabajo a través del pacto de no competencia post-contractual⁶⁴¹.

La competencia desleal es una infracción a la buena fe que no requiere consumación, ya que aún los meros actos preparativos son objeto de sanción

⁶⁴⁰ GARCÍA VIÑA, J.: “*La buena fe en el contrato de trabajo...*” Ob. Cit. Pág. 245.

⁶⁴¹ MONTOYA MELGAR, A.: “*La buena fe en el derecho del trabajo*” Ob. Cit. Pág. 42.

disciplinaria, no siendo necesario que la actividad a desarrollar se haya iniciado, o que se hubiera puesto en funcionamiento⁶⁴².

Para Montoya Melgar, el ET estipula dos modalidades de no competencia pactada por el trabajador con su empresario: el pacto de plena dedicación y el pacto de no competencia postcontractual⁶⁴³. Garcia Viña también considera que el pacto de no competencia postcontractual es una expresión del deber objetivo a la buena fe presente aun cuando la relación laboral ya ha finalizado⁶⁴⁴. Es oportuno destacar, que el referido autor matiza su posición, expresando que la regla general en el derecho laboral es la extinción de los deberes contractuales a la finalización del contrato de trabajo, incluyendo el deber de buena fe, pero el trabajador puede asumir voluntariamente dicha obligación cuando así se ha concertado o cuando esté dispuesto por ley, existiendo solo dos supuestos que ejemplifican tal situación: el pacto de no competencia postcontractual y el deber de secreto⁶⁴⁵. Expresa así mismo, que el pacto de no competencia intenta impedir la concurrencia desleal del antiguo trabajador, después de finalizado el contrato de trabajo, con la finalidad de que el trabajador no perjudique el interés industrial o comercial del empresario a través del aprovechamiento de los conocimientos obtenidos en esa empresa⁶⁴⁶.

32 Consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la abstención de competencia desleal del art. 21 ET

El despido disciplinario es la consecuencia jurídica más aplicada por el empleador para sancionar el incumplimiento grave y culpable generado por la competencia desleal del trabajador, pero no es la única acción que le otorga el

⁶⁴² GARCÍA VIÑA, J.: “La buena fe en el contrato de trabajo...” Ob. Cit. Pág. 254 ss.

⁶⁴³ MONTOYA MELGAR, A.: “Derecho del Trabajo” 30ª Ed. Ob. Cit. Pág. 327.

⁶⁴⁴ GARCÍA VIÑA, J.: “La buena fe en el contrato de trabajo...” Ob. Cit. Pág. 229.

⁶⁴⁵ Ibídem. Pág. 247.

⁶⁴⁶ Ibídem. Pág. 248.

ordenamiento jurídico al empresario para que reaccione ante la infracción del trabajador. Esta sanción no es la única vía para ejercer su poder disciplinario, ya que puede imponer otros tipos de sanciones de menor entidad. Así mismo, el empresario está facultado para exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta del trabajador. Además, podrá impetrar las responsabilidades penales a las que haya lugar, las cuales son plenamente compatibles con las responsabilidades contractuales, pero no con las sanciones administrativas⁶⁴⁷.

32.1. El despido disciplinario por concurrencia desleal del trabajador

La infracción a la obligación legal de concurrencia desleal puede ser sancionada disciplinariamente por el empresario con la sanción más severa dispuesta por el ordenamiento jurídico, el despido⁶⁴⁸, siempre y cuando concurra las notas de gravedad y culpabilidad exigidas en el art.54.1 ET⁶⁴⁹. De las distintas modalidades de despido⁶⁵⁰ que pueden fundamentar la “manifestación de voluntad unilateral del empleador de carácter recepticio, por sí mismo eficaz para producir la extinción de la relación laboral”⁶⁵¹, el acontecido por concurrencia desleal se basa en el incumplimiento grave y culpable del trabajador.

Por la concurrencia desleal se impone la misma sanción prevista para la infracción a la buena fe, ya que encaja dentro de los supuestos generales contemplados como infracción a la buena fe, formulada en el art. 54.2.d ET⁶⁵².

⁶⁴⁷ MONTOYA MELGAR, A.: “*La buena fe en el derecho del trabajo*” Ob. cit. Pág. 102.

⁶⁴⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Despido disciplinario y preparación...” Ob. Cit. Pág. 21 ss.

⁶⁴⁹ STSJ de Navarra, (Sala de lo Social) núm. 170/2010 de 16 junio AS 2010\2498.

⁶⁵⁰ MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho al Trabajo*” 30ª Ed. Ob. Cit. Pág. 470. Las modalidades de despido son cuatro: despido por el incumplimiento grave y culpable del trabajador, despido por circunstancias objetivas, despidos colectivos fundados en causas económicas, técnicas, de organización o de producción y despidos por fuerza mayor.

⁶⁵¹ STSJ de Canarias/Las Palmas de 28 de marzo de 2001 (AS 2001, 2736)

⁶⁵² STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 13 abril 1993 (AS 1993/1887), STS 22 septiembre 1989 (RJ 1989/6469) y STSJ de Castilla y León/Burgos 28 septiembre 1995 (AS 1995/3240)

Aunque el ordenamiento faculte el despido del trabajador por concurrencia desleal, no es la única sanción válida para reprochar la concurrencia desleal, pudiendo imponerse también otro tipo de sanciones menos severas, como la suspensión de empleo y sueldo, entre otras⁶⁵³. Por tanto, debe valorarse la imposición de las sanciones bajo los criterios de gravedad y proporcionalidad, que permiten graduar las sanciones disciplinarias. La STS (Sala de lo Social) de 20 de febrero de 1991 (RJ 1991, 854) resalta que no todas las faltas cometidas por el trabajador son merecedoras del despido disciplinario, el cual solo podrá imponerse si la infracción posee las características de gravedad y culpabilidad, debiendo valorarse individualmente las particularidades de cada caso.

Una vez realizada la calificación de deslealtad de la conducta por el empresario, quien es inicialmente el indicado para hacerlo podrá emprender las acciones que estime pertinentes⁶⁵⁴. Si opta por el despido, la conducta infractora deberá exponerse de manera concreta mediante comunicación por escrito en la carta de despido, so pena de generar la improcedencia de éste debido a que deriva en la indefensión del trabajador respecto a la falta que se le acusa. Si la concurrencia es realizada por un representante de los trabajadores, deberá abrirse expediente, debiendo celebrarse audiencia con el presunto infractor y el resto de los representantes de los trabajadores⁶⁵⁵.

Agra Viforcós llama la atención sobre la importancia de valorar los elementos subjetivos, tales como la categoría o puesto del trabajador, el nivel de confianza o la responsabilidad otorgadas en virtud de sus funciones. Y también los elementos objetivos del caso, como el uso de material, infraestructura y trabajadores de la empresa, disminución del rendimiento,

⁶⁵³ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 5110/2005 de 3 junio (JUR 2005\182023). Avala la imposición de la sanción de suspensión de empleo y sueldo, por ofrecer servicios concurrentes a los desempeñados por la empleadora.

⁶⁵⁴ LUJÁN ALCARAZ, J.: "La competencia del trabajador con su empresa..." Pág. 11 ss.

⁶⁵⁵ MONTOYA MELGAR, A.: "Derecho al Trabajo" 30ª Ed. Ob. Cit. Pág. 479.

desarrollo del trabajo durante la jornada, reiteración de la conducta y reincidencia o cuantía del perjuicio⁶⁵⁶.

Los parámetros para medir la gravedad de la competencia desleal y estimar la sanción de despido han de ponderar la relevancia de la concurrencia para lesionar la posición competitiva de la empresa y la participación significativa del trabajador en la actividad concurrencial. Este segundo parámetro conlleva a la presunción de deslealtad en la conducta del trabajador⁶⁵⁷.

A pesar de que el art 58 ET dispone la graduación de las infracciones del trabajador y de las sanciones, no existe uniformidad en la doctrina respecto a la aplicación de la teoría gradualista en la infracción por competencia desleal, ya que en algunas sentencias se esgrime la imposibilidad de aplicarla fundamentada en que la infracción deriva en la pérdida de la confianza del empresario, mientras que en otros pronunciamientos judiciales adoptan la teoría gradualista, valorando los matices que presentan las circunstancias particulares de la infracción y que permiten determinar la magnitud de la sanción. En el próximo epígrafe se examinara la aplicación de la teoría gradualista.

32.2 La aplicación de la teoría gradualista en la infracción por concurrencia desleal.

La infracción contractual del trabajador debe tener las características de gravedad y culpabilidad para ser merecedora del despido disciplinario. En atención a esto, la teoría gradualista contempla que el despido solo procederá cuando la infracción tenga una especial gravedad, sin que merezca tal sanción cualquier infracción del trabajador, debiendo valorarse la entidad de la falta y las circunstancias personales y profesionales que reflejan el aspecto subjetivo

⁶⁵⁶ AGRA VIFORCOS, B.: “La gravedad de la competencia desleal como requisito de necesaria concurrencia para imponer la sanción de despido” *R.L.* No 2. 2003. Pág. 336 ss.

⁶⁵⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V: “El contrato de trabajo: la extinción...” *Ob. Cit.* Pág. 440.

del comportamiento del trabajador⁶⁵⁸. Los tribunales judiciales buscan, a través de la aplicación de esta teoría, que la sanción de despido no respalde una reacción empresarial exorbitante ante actividades del trabajador que no son desleales, ya que, como manifiesta la STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social) núm. 1208/2009 de 29 abril (AS 2011\1184), la prohibición de competencia desleal no ampara comportamientos inofensivos que no atentan contra el correcto y apropiado desenvolvimiento de la relación laboral.

También se aplica esta teoría en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social), sentencia de 4 diciembre 2000 (AS 2001\2972), que consideró que las actividades de los trabajadores relativas a la distribución de publicidad en buzones ofreciendo servicios particulares de tapizado no revisten la entidad suficiente para merecer la imposición de la más severa de las sanciones disciplinarias.

No obstante, no existe absoluta uniformidad en la aplicación de la teoría gradualista, como se observa en la sentencia del STSJ de Madrid (Sala de lo Social), núm. 542/2005, de 28 junio (AS 2005\1658), que estima difícilmente apreciable la desproporción entre la infracción y la sanción cuando se infringe el deber de buena fe contractual ya que afecta al elemento espiritual del contrato, legitimando inclusive el reproche de los actos preparativos porque vislumbran un “principio de ejecución dotado de intencionalidad suficiente a efectos de establecer una acción contraria a la prohibición del artículo 21.1 ET”⁶⁵⁹ que consuma la infracción, sin que sea necesario que se materialice un resultado efectivamente real perjudicial para la empresa.

32.3 Casuística sobre la procedencia del despido disciplinario por concurrencia desleal

⁶⁵⁸ STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social) de 4 diciembre 2000 (AS 2001\2972), STS de 16 de Febrero de 1983 (RJ 1983, 660).

⁶⁵⁹ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 542/2005 de 28 junio (AS 2005\1658).

La jurisprudencia ha tenido numerosas ocasiones de pronunciarse sobre la calificación como procedente de conductas de concurrencia desleal. Entre otras, ha avalado las que seguidamente se enuncian.

La constitución de empresas del trabajador con idéntica o análoga actividad a la de su empleador: mecánico automotriz por montar un taller mecánico, ya que la actividad que desarrollada en la empresa empleadora era la reparación de vehículos para una concesionaria de una marca de automóviles⁶⁶⁰; trabajador de una empresa que comercializa exclusivamente un seguro combinado que conforma una empresa que comercializa seguros a un solo riesgo⁶⁶¹; directora médica que conformó una sociedad cuya actividad era la consulta dermatológica, aunque el negocio de la empresa para la que laboraba era la comercialización de seguros de salud⁶⁶²; fundar y ser administradora solidaria de una empresa, dedicada a la misma actividad de la empresa gestión de transferencias remitidas al extranjero o recibidas del exterior donde laboraba como agente y Jefe de oficina del centro de trabajo⁶⁶³; trabajador que desempeñaba el cargo de encargado de gimnasio por ser copropietario y trabajar los fines de semana para otra empresa que comercializa prendas deportivas, sin el consentimiento de la empresa contratante cuyo objeto social era la explotación de todo tipo de instalaciones deportivas; la venta y/o alquiler de material deportivo, y la explotación de servicios de restauración propios de recintos deportivos, organización y celebración de campeonatos y espectáculos deportivos⁶⁶⁴; monitor de gimnasio que, sin la autorización de la empresa, constituye una sociedad mercantil con el mismo objeto social del gimnasio donde laboraba, y reparte tarjetas entre los

⁶⁶⁰ STCT de 24 noviembre. RTCT 1981\6850

⁶⁶¹ STS (Sala de lo Social) de 8 marzo 1991 RJ 1991\1840 estima que si el trabajador promueve el aseguramiento individualizado de los riesgos cubiertos por el seguro agrario combinado para favorecer a su propia empresa, incurriría en competencia desleal con su empleador.

⁶⁶² STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 19 enero 2011 (RJ 2011\2432).

⁶⁶³ STSJ de Murcia, (Sala de lo Social) núm. 686/2012 de 24 septiembre (JUR 2012\366553)

⁶⁶⁴ STSJ de C. Valenciana, (Sala de lo Social) núm. 3808/2005 de 29 noviembre (JUR 2006\138355)

clientes del gimnasio⁶⁶⁵. También en el caso de una directora general de la empresa y, por tanto, con conocimiento de sus actividades y clientes que creó una empresa paralela a la actividad de su empleadora -alquiler de maquinaria y equipo para la construcción-, utilizando a los mismos trabajadores de la empleadora y sacando material del propio almacén del empleador⁶⁶⁶; y en el de un alto directivo, por constituir sociedad mercantil con el mismo objeto social de una de las empresas pertenecientes al grupo empresarial del que hace parte la empleadora, perjudicando por ende al grupo empresarial⁶⁶⁷. No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia núm. 3896/2009, de 13 de mayo (ROJ 15267/2009), valoró de modo diferente un supuesto similar y declaró la improcedencia del despido del trabajador que, siendo director comercial para la empresa que comercializaba seguros, adquirió participaciones en la sociedad que ofrecía consulta dermatológica.

Los tribunales también estiman como desleal el desvío de clientes hacia otra empresa por parte del trabajador, que deriva en un beneficio a su favor y en perjuicio de la empresa para la que trabaja, existiendo la transgresión de la buena fe contractual que justifica la calificación del despido como procedente⁶⁶⁸

También se consideró procedente el despido del trabajador por laborar para otra empresa en la misma actividad que realiza para la empleadora, aunque esta interpretación tan amplia, que sanciona todas las actividades realizadas por el trabajador para otra empresa de la misma rama sin valorar la nota de deslealtad de las mismas, ha ido disminuyendo su amplitud. En todo caso, en su época se estimó procedente el despido de un trabajador por participar en su tiempo libre en las actividades comerciales de una tienda de componentes electrónicos de propiedad de su hijo, atendiendo y asesorando clientes, que es la misma tarea que desarrolla en la empresa electrónica

⁶⁶⁵ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 448/2011 de 20 junio (AS 2011\2354)

⁶⁶⁶ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 7473/2007 de 30 octubre (AS 2007\3602)

⁶⁶⁷ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 276/2011 de 25 abril (AS 2011\1635)

⁶⁶⁸ STS (Sala de lo Social) de 26 diciembre 1990 (RJ 1990\9836).

empleadora, sin autorización de esta⁶⁶⁹; por realizar tareas de carnicería para otra empresa⁶⁷⁰; por actuar como creativo de una empresa de publicidad realizada sin autorización las mismas labores que desempeña para su empleador, para clientes ajenos a la empresa, utilizando para ello, los medios electrónicos e informáticos puestos a su disposición⁶⁷¹; por supervisor de instalaciones eléctricas para otra empresa, que consistían en trabajos de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando en virtud del contrato de trabajo con la empleadora⁶⁷² o, en fin, por trabajar en horas libres para empresa de la competencia⁶⁷³. Por el contrario, no se considera que incurra en competencia desleal el trabajador que realizaba actividades de aseo limpieza en la empresa que la despide, con las actividades de atención al público en otra empresa de limpieza⁶⁷⁴.

También se estimó la procedencia del despido por realizar actividades concurrentes por cuenta propia: un trabajador de una entidad dedicada a administrar y llevar nóminas y seguros sociales de otras empresas, por llevar a cabo actividades análogas a las que desarrollaba para la empresa en favor de clientes particulares⁶⁷⁵. No obstante lo anterior, en otro supuesto califica como improcedente la decisión de despido, basada en haber prestado servicios a clientes propios como graduada social, sin facturar los mismos a favor de la empresa empleadora que realizaba actividades de asesores fiscales, debido a que los empleadores conocían y toleraban dichas actividades⁶⁷⁶. Así mismo, se considera que no existe competencia desleal, ya que el trabajador realizó la

⁶⁶⁹ STS (Sala de lo Social) de 14 julio 1987 (RJ 1987\5369).

⁶⁷⁰ STCT de 15 noviembre. (RTCT 1983\9654).

⁶⁷¹ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 171/2011 de 10 marzo (AS 2011\1057).

⁶⁷² STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 330/2009 de 14 abril (AS 2009\1627).

⁶⁷³ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 8499/2000 de 20 octubre (AS 2000\4535).

⁶⁷⁴ STSJ de Extremadura, (Sala de lo Social) núm. 576/2007 de 21 septiembre (AS 2007\3229).

⁶⁷⁵ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 466/1998 de 19 mayo, (AS 1998\5308), el tribunal estima que el trabajador ha desarrollado una organización paralela a la de su empleador, para su propio provecho.

⁶⁷⁶ STS (Sala de lo Social) Auto de 14 noviembre 2002 (JUR 2002\277238)

misma actividad que desarrollaba para la empresa, consistente en la impermeabilización de una piscina, para un amigo de forma puntual, sin contraprestación y por amistad⁶⁷⁷, ni proceden configurarse como actos desleales de suficiente entidad para ser sancionados con despido la mera distribución de publicidad en buzones ofertando servicios de tapicería por cuenta propia, sin que se hubiesen realizado actividades mercantiles⁶⁷⁸.

Por otro lado, no se reconoció como procedente el despido por concurrencia desleal cuando se dan supuestos de extinción o interrupción de la relación laboral; cuando las actividades realizadas por el trabajador se llevaron a cabo mientras la relación laboral no se encontraba vigente, ya que la prestación de servicios para otra empresa del sector se realizó durante el periodo de tramitación del primer despido y la readmisión del trabajador⁶⁷⁹. No obstante, y en oposición a esta postura, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), Sentencia núm. 1982/2000, de 1 marzo (AS 2000\1669), declara procedente el despido por constituir una sociedad mercantil con idéntico objeto social que el de la empresa empleadora, consistente en publicar revista de ascensores durante el periodo en que fue despedida y fue declarado improcedente en suplicación, ya que la sentencia que estimaba la procedencia del despido no era firme, apreciando el tribunal que la relación laboral no se había extinguido.

Tampoco se estimó la existencia de competencia desleal cuando se encuentra suspendido el contrato de trabajo por un expediente de regulación temporal de empleo,⁶⁸⁰ o durante un corto periodo de una excedencia voluntaria, por ser una actividad esporádica de un técnico radiólogo y prestada

⁶⁷⁷ STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social) núm. 1208/2009 de 29 abril (AS 2011\1184).

⁶⁷⁸ STSJ País Vasco, (Sala de lo Social) de 4 diciembre 2000 (AS 2001\2972).

⁶⁷⁹ STSJ de Navarra, (Sala de lo Social) núm. 249/2010 de 17 septiembre (AS 2010\2934)

⁶⁸⁰ STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social) núm. 794/2012 de 8 marzo (AS 2012\1002), no constituye competencia desleal realizar trabajos de albañilería, por cuenta propia estando suspendido el contrato con la empresa por un expediente de regulación temporal de empleo, además porque la actividad de la empresa eran las obras públicas y no las pequeñas reparaciones.

en entidades públicas, ajenas a la competencia de la empresa que dirigía sus servicios a empresas privadas, demandada no constituye concurrencia desleal⁶⁸¹.

No obstante, se califica la improcedencia de la expulsión de unos socios de una cooperativa educativa por inexistencia de competencia desleal puesto que la constitución de sociedad mercantil con el mismo objeto social no refleja infidelidad en los servicios profesionales que desempeñaban para la cooperativa, ni han aprovechado de los conocimientos obtenidos en el desenvolvimiento de su relación con la empleadora que infrinjan el principio de buena fe⁶⁸².

No se estima competencia desleal cuando, por la calificación profesional que carece de especiales conocimientos adquiridos en la empleadora, el trabajador no puede representar un riesgo o perjuicio para la empresa, lo cual se declara cuando el actor es un oficial de cerrajería que, aunque prestaba similares servicios para la dos empresas sin conocimiento de una de estas, el juzgador no percibió la transgresión de la buena fe en la conducta⁶⁸³. Ni en la actividad voluntaria y sin remuneración de camillero realizada por el trabajador para la Cruz Roja, aunque coincida con la actividad realizada para la empresa, ya que no puede considerarse que las dos entidades sean empresas enfrentadas en la competencia, ya que la actividad de la Cruz Roja es altruista y no mercantil⁶⁸⁴.

La inexistencia del perjuicio real o potencial también es un argumento esgrimido por los tribunales para no avalar el despido del trabajador, porque las actividades se desarrollaban en una zona geográfica diferente a la que la

⁶⁸¹ STSJ de Aragón, (Sala de lo Social, núm. 107/2008 de 13 febrero. AS 2008\1105.

⁶⁸² STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 940/2006 de 5 diciembre (AS 2007\1053)

⁶⁸³ STS (Sala de lo Social) Sentencia de 22 octubre 1990 RJ 1990\7932.

⁶⁸⁴ STSJ de C. Valenciana, (Sala de lo Social) núm. 2091/2009 de 23 junio (AS 2009\1923).

empleadora desarrollaba sus actividades⁶⁸⁵. Así tampoco es competencia desleal la creación y suscripción de acciones de una empresa que no representa competencia para la actividad económica desarrollada por la empleadora⁶⁸⁶. Finalmente, la tolerancia empresarial, traducida en el conocimiento previo sin reproche o sanción del empleador de las circunstancias que luego imputa para acreditar la competencia desleal, excluye la transgresión de la buena fe contractual⁶⁸⁷.

33 Prescripción de la infracción del trabajador por concurrencia desleal

El instituto jurídico de la prescripción, establecido como un límite al poder sancionatorio del empleador, también opera para la infracción por competencia desleal, al igual que para las demás faltas laborales cometidas por el trabajador.

Para empezar es necesario recordar que la infracción por competencia desleal no requiere de una efectiva materialización de la conducta, siendo sancionables los meros actos preparativos.

El computo de la prescripción dependerá de si el acto es de tracto sucesivo y tuvo continuidad en el tiempo o si, por el contrario, constituyó una única acción. Cuando se desconozca su continuidad, se empezará a contar la

⁶⁸⁵ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 352/2005 de 10 mayo (AS 2006\2047) inexistencia de competencia desleal por ausencia de perjuicio dado que el trabajador tenía su propia empresa que se dedica a la misma actividad que la empleadora, lo cual era sabido con antelación a la celebración del contrato laboral, además dichas actividades se realizaron en una zona distinta a la que la empleadora era distribuidor exclusivo.

⁶⁸⁶ STSJ de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de Social) núm. 268/2007 de 29 marzo (AS 2007\2323) considera que no incurre en competencia desleal ya que la nueva empresa actúa en un radio de acción menor que la empleadora, además de pertenecer cada una a una de las empresas a una red comercial de transporte distinta, sin que se haya producido un perjuicio real o potencial, además de que la nueva empresa contrato a la otra entidad, generándole ingresos mas no perjuicios.

⁶⁸⁷ STSJ de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social) núm. 1301/2006 de 31 julio (AS 2006\2424) ya que dicha información era de conocimiento de la empresa desde antes de iniciar la relación laboral, además de que la esposa era cliente habitual de esta empresa

prescripción desde el momento en que la empresa tuvo conocimiento de la conducta, y se tomará como término de referencia lo dispuesto en el art. 60 ET, que dispone que “las faltas leves de los trabajadores prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido”. Una vez transcurrido el plazo descrito por el ET, ya no se podrá sancionar al trabajador por esa falta laboral⁶⁸⁸.

Ahora bien, cuando la conducta es de tracto sucesivo, el término de prescripción empieza a contarse desde que aconteció el último acto ilícito, ya que, como recuerda la sentencia núm. 1982/2000, de 1 marzo AS 2000\1669 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), “la falta subsiste durante el tiempo en que se mantiene la lesión jurídica, por ello sólo cuando cesa la conducta puede entenderse cometida la infracción e iniciado el cómputo del período prescriptivo”⁶⁸⁹

34 Indemnización por daños y perjuicios derivados de la competencia desleal del trabajador

Los deberes de conducta fundamentados en el principio de la buena fe son fuente de la obligación de indemnizar, ya que su incumplimiento siempre constituye un ilícito, que genera por ende la obligación de reparar el daño causado⁶⁹⁰. Al hilo de esa reflexión, el incumplimiento del deber laboral de no

⁶⁸⁸ STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social) núm. 531/2009 de 25 febrero (AS 2009\1099), se pronuncia respecto al comportamiento desleal durante la excedencia por cuidado de hijo menor, de un director comercial que presto servicios por cuenta propia realizando la misma actividad que su empresario constituyendo concurrencia desleal, lo cual fue conocido por el empleador sin imponer sanción dentro del término previsto por el ET. Dispone la sentencia que “no se puede reprochar y sancionar una conducta cuya posibilidad de sanción ya se encontraba prescrita desde que tuvo conocimiento la empresa de la misma, dándose así la caducidad que fue alegada y apreciada”.

⁶⁸⁹ La sentencia referida se pronuncia sobre la concurrencia desleal de un editor de un magazine que crea y distribuye una revista que se enfoca en el mismo contenido temático que la desarrollada por su empleadora.

⁶⁹⁰ DIEZ-PICAZO, L.: “Fundamento de derecho civil. Vol. I” Ob. Cit. Pág. 64.

concurrentia desleal sirve de base para reclamar los daños y perjuicios causados por la conducta del trabajador prohibida en el art. 21.1 ET.

El carácter genérico de la posibilidad de causar daños y perjuicios en virtud de la relación laboral⁶⁹¹ se concreta en la competencia desleal del trabajador, ya que la lesión de los intereses patrimoniales del empleador ocasionada por conductas como la desviación de clientela⁶⁹², la frustración de la adjudicación de un concurso a la empleadora por la participación del trabajador como socio en la empresa elegida⁶⁹³, “el indebido aprovechamiento de reputación y esfuerzo como consecuencia del desvío indebido de la clientela”⁶⁹⁴, la utilización de medios y recursos de la empresa para concurrir⁶⁹⁵, la confusión y desviación de clientela por la constitución de una empresa con denominación similar⁶⁹⁶ o la constitución de una sociedad mercantil concurrente a la de su empleadora que provoca que el cliente contratara con la

⁶⁹¹ STS 20 de Febrero de 1986 (RJ 1986, 962) expresa que en la relación laboral existe una “posibilidad genérica de reclamación de daños y perjuicios”.

⁶⁹² La STSJ de Las Palmas, núm. 484/1994 de 20 septiembre (AS 1994\3361) El trabajador se asoció con un cliente para conformar una empresa y mantener relaciones comerciales con otros clientes de la empresa empleadora, desviando clientela.

⁶⁹³ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 6400/2003 de 16 octubre (JUR 2004\7297). Avala la reclamación de la empleadora, de la que también era socio el trabajador, dado que sin conocimiento de esta, el trabajador constituyó otra empresa para concursar en la convocatoria que en anterior ocasión había sido adjudicada al empleador. El perjuicio se estima dado que la empleadora incorporó en su propuesta un programa radial realizado por el trabajador, sin saber que este concursaba con otra empresa.

⁶⁹⁴ STSJ de Navarra, (Sala de lo Social) núm. 190/2008 de 28 julio AS 2008\2489. Expresa que “la desleal conducta predica por tanto un doble título para la reclamación efectuada, de una parte por el indebido aprovechamiento de reputación y esfuerzo como consecuencia del desvío indebido de la clientela”. Así mismo, agrega la sentencia que “desviar clientela durante la relación laboral es en sí mismo un acto ilícito que implica el deber de indemnizar el daño causado”

⁶⁹⁵ STSJ Tenerife 13 de Enero de 2000 (AS 2000, 208).

⁶⁹⁶ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Auto de 6 mayo 2010 JUR 2010\213695. Expresa que los trabajadores “constituyeron una sociedad de nombre parecido al de su empleadora y advirtieron a los clientes que la nueva empresa era la sucesora, lo que se tradujo en una pérdida importante de clientes e ingresos para la demandante”

nueva empresa⁶⁹⁷ sustentan la reclamación de la indemnización de daños y perjuicios del empleador.

Pero no toda actuación concurrente es desleal; así puede darse un comportamiento inadecuado del trabajador sin que se cause el derecho a reclamar indemnización. En tal sentido, la doctrina judicial ha destacado que la concurrencia de los trabajadores a un concurso público al que también comparece su empleador no constituye un daño indemnizable por no recurrir los elementos del art. 1101 CC, ya que no se aprovecharon de la relación laboral ni causaron perjuicios al empleador, por lo que la actuación de los trabajadores es lícita dado que se encuentra cobijada por el art. 35 CE⁶⁹⁸.

Del mismo modo, no procede la estimación de perjuicios cuando no se materializa el daño, lo que acontece cuando el trabajador formula un proyecto a nombre propio para apropiarse sin éxito de un cliente⁶⁹⁹, o cuando no existe una relación causal entre el daño y el incumplimiento aducido al trabajador⁷⁰⁰, Si bien es cierto que los actos por competencia desleal no requieren de un perjuicio real y efectivo para ser sancionados disciplinariamente, pudiendo bastar con un perjuicio potencial como se puntualiza en numerosas sentencias judiciales, es claro que para la estimación de daños y perjuicios debe darse un

⁶⁹⁷ STSJ de Cantabria núm. 162/2009 de 27 de febrero de 2009 (JUR 2009/187434) Estima que la constitución de una empresa concurrente a la empleadora fundamenta la indemnización por daños y perjuicios.

⁶⁹⁸ STSJ Madrid, (Sala de lo Social) núm. 231/2005 de 7 abril (AS 2005\726). La mera concurrencia no es indemnizable, de acuerdo al art. 1101 cc, no incurrieron con su conducta en un incumplimiento contractual doloso, negligente o con morosidad.

⁶⁹⁹ STS (Sala de lo Social), de 19 noviembre 1984 (RJ 1984, 5863). “La supuesta concurrencia desleal, como sustento de una acción indemnizatoria, requeriría ineludiblemente la demostración del daño ocasionado, lo que no sucede en el presente caso, al acreditarse, que la empresa para la que se hizo el proyecto reputado desleal no lo aceptó y siguió figurando como cliente de la actora, lo que elimina toda idea de realidad de un daño evaluable”.

⁷⁰⁰ STS (Sala de lo Social) Auto de 27 enero 2011 (JUR 2011\114874). La pérdida de clientes de la empleadora se originó antes de la constitución de la sociedad por la trabajadora, por lo cual no se puede endilgar a la trabajadora las pérdidas sufridas por la empleadora.

perjuicio real, debiendo demostrarse y cuantificarse el daño causado por el trabajador⁷⁰¹.

La competencia para conocer de estas reclamaciones de responsabilidad contractual corresponde a la jurisdicción social⁷⁰², aunque la normativa civil es la que suministra el régimen jurídico aplicable⁷⁰³. La jurisprudencia, basándose en los arts. 7.2, 1101 y 1106 del Código Civil, ha establecido los elementos que deben concurrir para respaldar la solicitud de indemnización por daños y perjuicios, que incluyen el lucro cesante y el daño emergente. El primer requisito formulado por la doctrina judicial es la existencia real de una situación generadora de daños y perjuicios; el segundo requisito es el cabal acreditamiento en las actuaciones; el tercero es el incumplimiento del demandado, y el cuarto y último es que exista una relación causal clara entre este incumplimiento y el daño⁷⁰⁴. Finalmente, cabe agregar que la carga de la prueba recaerá sobre el empleador quien deberá acreditar la existencia de los perjuicios.

35 La prohibición de competencia desleal en las diferentes modalidades de contratación

Aunque una gran cantidad de contratos se ejecuten en jornada a tiempo completo, que es donde se vislumbra claramente la vigencia de la prohibición

⁷⁰¹ STSJ Castilla y León (Burgos) de 28 septiembre 1995 (AS 1995/3240). La STSJ de Canarias de 8 junio 1995 (AS 1995/2606) trabajador que desvía la clientela de la empresa hacia su propia empresa, pudiéndose probar y cuantificar la cuantía dejada de percibir por el empleador.

⁷⁰² Las STS de 29 de Noviembre de 1984 (RJ 1984, 5913), STS de 22 de Septiembre de 1989 (RJ 1989, 6469) aclaran que la competencia para conocer de las indemnizaciones corresponde a la jurisdicción social, ya que la controversia sobre la procedencia de la indemnización es consecuencia de una controversia individual que nace en el área social del Derecho.

⁷⁰³ LUJAN ALCARAZ, J.: "La responsabilidad civil del empresario frente al trabajador en supuestos atípicos" AS. Vol. V. 1999. Pág. 181.

⁷⁰⁴ STSJ a de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, núm. 24/2000 de 13 enero, (AS 2000\208) La sentencia ordena que el trabajador indemnice al empresario por concurrencia desleal, entendiendo que utilizó la experiencia y perfeccionamiento profesional de su empleador, y abuso de la confianza para desviar clientela.

de concurrencia desleal, pueden surgir dudas en otras modalidades de contratación donde la intensidad de la duración de la jornada es menor, como el tiempo parcial, o donde la duración de la relación laboral es por tiempo determinado, como el contrato temporal.

El ET contempla un abanico de modalidades bajo las que se puede pactar la prestación de servicios, entre las que se encuentra el contrato formativo (art. 11 ET), los contratos a tiempo parcial y de relevo (art. 12 ET), el trabajo a distancia (art. 13), el contrato por duración determinada (art. 15) y en fin, el contrato fijo discontinuo (art. 15.8 ET), entre otros.

En todas las modalidades contractuales previstas por el legislador laboral, la prohibición de competencia desleal está vigente, por lo cual, una vez celebrado el contrato de trabajo, regirá la abstención de concurrencia desleal del art. 21.1 ET. Ello es debido a la irrelevancia de la menor duración de la relación laboral en algunas de estas modalidades, como la contratación temporal⁷⁰⁵, de modo que el trabajador que se encuentra inmerso en la organización de la empresa puede perjudicar a la empresa por el conocimiento que tiene de la misma⁷⁰⁶.

35.1 La prohibición de concurrencia en el contrato a tiempo parcial

El art. 12.1 ET regula el contrato a tiempo parcial, que se puede celebrar por duración determinada o por tiempo indefinido⁷⁰⁷. La menor duración de la jornada en esta modalidad conlleva lógicamente la posibilidad de desarrollar trabajos simultáneos, lo que a priori acrecienta las posibilidades de incurrir en

⁷⁰⁵ STSJ de Murcia, (Sala de lo Social) núm. 951/2003 de 14 julio JUR 2003\234964. No estima competencia desleal de una trabajadora con contrato temporal que reparte currículos a otras empresas que se desenvuelven en el mismo ramo de actividades de su empresario y que disputa con estos por la adjudicación de servicios municipales mediante concurso público. STSJ de Murcia, (Sala de lo Social) núm. 952/2003 de 14 julio JUR 2003\234963.

⁷⁰⁶ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “*La prohibición de competencia desleal...*” Ob. Cit. Pág. 304.

⁷⁰⁷ MORADILLO LARIOS, C.: “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial, los trabajos fijos discontinuos, el contrato de relevo y la jubilación parcial”. *RMTAS No 44*. 2003. Pág. 105.

concurrentia desleal. Cabe traer a colación lo mencionado anteriormente sobre la licitud del pluriempleo en el régimen jurídico español, por lo que nada impide que pueda compatibilizar sus prestaciones laborales para diferentes empresarios⁷⁰⁸, salvo que incurra en concurrentia desleal⁷⁰⁹.

35.2 La prohibición de concurrentia desleal en el trabajo fijo discontinuo

Está firmemente establecido por la jurisprudencia que durante el periodo de actividad tiene plena vigencia la prohibición de competencia desleal⁷¹⁰.

A efectos de determinar la vigencia de la obligación de abstención de competencia en los periodos de inactividad del trabajador fijo discontinuo, no resulta relevante participar del debate doctrinal para determinar la naturaleza suspensiva o interruptora de esta figura, ya que, independientemente de la ubicación en uno u otro supuesto, el aspecto relevante es la distinción entre las dos modalidades de prestación de servicios, denominadas trabajo fijo periódico y trabajo fijo discontinuo.

Se da ocasión al trabajo fijo periódico, consagrado en el art. 12.3 ET y al que es aplicable el régimen jurídico del contrato por tiempo parcial a tiempo indefinido estipulado en el art. 13 ET, cuando la prestación laboral se desarrolla por periodos o ciclos fijos que se generan con una frecuencia regular, conociendo con certeza la fecha de iniciación de la actividad. También puede darse la prestación para periodos fijos discontinuos en los que no se da una

⁷⁰⁸ STSJ de Extremadura, (Sala de lo Social) núm. 180/2009 de 2 abril (JUR 2009\231881) Estima la competencia desleal de un abogado con contrato laboral a tiempo parcial. Recuerda la sentencia que tanto en el contrato a tiempo parcial o a tiempo completo puede el trabajador prestar sus servicios a varios empresarios, pero sin incurrir en competencia desleal.

⁷⁰⁹ STSJ de Galicia, (Sala de lo Social) núm. 3438/2010 de 1 julio JUR 2010\319615. Reseña la sentencia que la trabajadora a tiempo parcial debe acatar las normas de lealtad con su empresario. Estima la concurrentia desleal por captar clientela para la suscripción de seguros en su lugar de trabajo durante su jornada.

⁷¹⁰ STSJ de Islas Baleares, (Sala de lo Social) núm. 253/1996 de 14 junio AS 1996\2431. No se estima competencia desleal del trabajador fijo discontinuo en hostelería que labora para un bar en otro municipio, concurrido por una clientela diferente de la de su empresa principal, por pocas horas semanales y durante el día de descanso, además que esto era de conocimiento de todos sus compañeros de trabajo y de su superior jerárquico.

precisa frecuencia o regularidad en la iniciación de la actividad, siendo aplicable el art 15.8 ET, gravando al empresario con un deber de llamamiento que, en caso de no realizarse, es equiparable al despido⁷¹¹.

Siguiendo esta clasificación, Agra Viforcós distingue la vigencia de la prohibición de competencia desleal en el trabajo fijo periódico o regular y en el trabajador fijo discontinuo, predicando del primero que, en atención a la equiparación de esta figura al trabajo a tiempo parcial, estará vigente el art. 21.1 ET, ya que la inactividad del trabajador se calificaría como descanso interjornadas. En oposición, el trabajo fijo discontinuo estaría más próximo a la figura de la excedencia voluntaria, sin que sea aplicable el art. 21.1 ET durante la inactividad⁷¹².

En el mismo sentido, Nevado Fernández distingue entre el trabajo fijo cíclico y el trabajo fijo discontinuo, otorgándole al primero el efecto de la suspensión y, por ende, de la vigencia de la prohibición de concurrencia desleal; y al segundo, también le otorga la misma vigencia de la prohibición de concurrencia desleal, pero advirtiéndole de que generalmente la cualificación de este tipo de trabajos impide que pueda darse el comportamiento desleal, por las características específicas que deben concurrir para la calificación de dicha conducta⁷¹³.

Nogueira Guastavino, por su parte, expone que los periodos de inactividad del trabajador fijo discontinuo no pueden estimarse como suspensión, ni extinción, sino como periodo interjornadas de un contrato a tiempo parcial, siendo aplicable por tanto el régimen previsto para esa modalidad, permaneciendo vigente en dichos periodos la prohibición laboral de

⁷¹¹ GARATE CASTRO, J.: *“Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo. Concepto, partes y modalidades del contrato de trabajo, salario, poder disciplinario del empresario y extinción del contrato de trabajo”*. Ed. Netbiblo. La Coruña. 2007. Pág. 32. MORADILLO LARIOS, C.: *“La nueva regulación del contrato a tiempo parcial...”* Ob. cit. Pág. 113.

⁷¹² AGRA VIFORCÓS, B.: *“La competencia desleal (art. 21.1 del Estatuto de los Trabajadores) en el desarrollo...”* Ob. Cit. Pág. 582.

⁷¹³ NEVADO FERNÁNDEZ, M.J.: *“Las restricciones a la competencia...”* Ob. Cit. Pág. 107.

competencia, aunque esgrimiendo la teoría de la autorización tácita del empresario para realizar actividades en el mercado relevante⁷¹⁴.

En mi opinión, es acertada la postura doctrinal minoritaria que expone que no puede exigirse el deber de no concurrencia desleal para el trabajador fijo discontinuo durante sus periodos de inactividad con el empresario, ya que es lícito que durante estos periodos preste sus servicios para otras empresas que se desenvuelvan en el misma área de actividad, si las campañas no coinciden entre sí, por lo que no se ocasiona perjuicio alguno al empresario⁷¹⁵.

⁷¹⁴ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “*La prohibición de competencia desleal...*” Ob. Cit. Pág. 310.

⁷¹⁵ STSJ de Cantabria, (Sala de lo Social) núm. 423/1993 de 11 mayo AS 1993\2336. Se estima improcedente el despido del trabajador fijo discontinuo que presta servicios como talador para otra empresa del sector en la temporada de inactividad con la primera, ya que “No ha trabajado para otra empresa en términos de concurrencia desleal ni ha infringido ningún acuerdo, expreso o tácito, ni menos aún legítimo, de dedicación exclusiva. Su prestación de servicios para otra empresa ha tenido lugar durante un período de inactividad en la demanda, por lo que ningún perjuicio ha podido causar a ésta”.

CAPITULO IV

La prohibición de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo. Art. 21.2 ET

36. Evolución normativa del pacto de no concurrencia postcontractual

La prohibición de no competencia postcontractual fue acogida por primera vez en la codificación laboral de 1931. En el artículo 86 del texto normativo se dispuso la prohibición por un periodo máximo de 2 años para los obreros y de 4 años para los empleados técnicos. El legislador español que consagró esta primigenia prohibición se inspiró, según Pedrajas Moreno, en la normativa francesa, aunque para la mayoría de la doctrina el marco de referencia fue la normativa germana, consagrando los mismos requisitos en el ámbito temporal, económico y material⁷¹⁶.

Posteriormente, la LCT/1944 en términos casi idénticos continuó con la consagración de la prohibición laboral de competencia postcontractual en el art. 74, al que se le vinculó directamente con el deber de fidelidad del art. 70 LCT. La pequeña diferencia entre la LCT de 1931 y de 1944 radica en la redacción de la prohibición de competencia postcontractual, que obedeció a un cambio meramente nominativo en la designación del sujeto deudor y acreedor de la obligación, de tal manera que los términos obreros y patronos en la LCT de

⁷¹⁶ PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T.: *“El pacto de no concurrencia postcontractual”* Ob. Cit. Pág. 17. Partidarios de que el pacto se inspira en la normativa germana, NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *“El pacto laboral de no competencia postcontractual”* Ob. Cit. Pág. 9. Expresa que la prohibición de no competencia española se basa en la normativa alemana, sigue sus pautas y elementos básicos: limitación temporal, material y económica. MORENO DEL TORO, C.: *“El pacto de abstención postcontractual de la actividad competitiva”* Civitas. REDT. No 68. 1994. Pág. 893. CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: *“Prohibición de competencia...”* Ob. Cit. Pág. 186, RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: *“Límites a la competencia...”* Ob. Cit. p 9 ss. Coinciden los autores que el pacto de no competencia postcontractual se basa en el proyecto Potthof de Alemania, recogido en el art 85 y 86 de la LCT 1931 y 74 y 75 LCT 1944 y el art. 21.2 ET.

1931, se remplazaron por el de trabajadores y patronos en la LCT de 1944. Más allá del cambio terminológico referido, las LCT de 1931 y de 1944 no presentaron diferencias de fondo en el régimen de la prohibición de competencia postcontractual.

La consagración de la prohibición de no competencia postcontractual estipulada en el art. 74 de la LCT/1944 fue entendida como un apéndice o extensión del art. 73 LCT/1944⁷¹⁷. Debido a esta interpretación, la mayoría de la doctrina valoró que el objeto de la prohibición de no competencia postcontractual era la protección contra la concurrencia desleal después de finalizado el contrato de trabajo. Aunque cabe matizar, tal y como destaca Moreno Del Toro⁷¹⁸, que para un sector minoritario de la doctrina el objeto comprendía todas las actividades competitivas, incluyendo la concurrencia desleal, y para otro sector, el objeto consistía en impedir la competencia diferencial⁷¹⁹.

La relación con el deber de fidelidad percibida por la mayoría de la doctrina⁷²⁰, al amparo de una interpretación sistemática de los preceptos 70, 73 y 74 de la LCT⁷²¹, dotaba a la prohibición de un carácter legal, que excluía que

⁷¹⁷ PEDRAJAS MORENO, A.: “La prohibición de concurrencia postcontractual. Estudio crítico del artículo 74 de la Ley de Contrato de Trabajo. *RT* No 56. 1976. Pág. 186.

⁷¹⁸ MORENO DEL TORO, C.: “El pacto de abstención postcontractual...” Ob. Cit. Pág. 898. Referencia la STS de 6 de Nov de 1990, AR 8524 para probar la interpretación jurisprudencial que entendía que el objeto del pacto era la prohibición de la competencia desleal. Por otro lado, citando a Castiñeira Fernandez aludía al sector doctrinal, que valoraba que el objeto estaba comprendido tanto por la competencia desleal, como por toda actividad competitiva, y a Rodríguez Piñero como defensor de la teoría de la competencia diferencial como objeto del pacto de no competencia postcontractual.

⁷¹⁹ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Límites a la competencia...” Ob. Cit. Pág. 9. Precursor del término “competencia diferencial”, conecto dicho concepto con el pacto de no competencia postcontractual. Así mismo, la STS de 29 octubre 1990 (RJ 1990\7722) recurre a la noción de competencia diferencial como fundamento del pacto de no competencia postcontractual.

⁷²⁰ CHARRO BAENA, P.: “El pacto de no competencia postcontractual. *R. L.* No 1. 1995, Pág. 148 alude a la relación entre el deber de fidelidad y la prohibición de concurrencia desleal. Así mismo, PEDRAJAS MORENO, A.: “La prohibición de concurrencia postcontractual. Estudio crítico del artículo 74...” Ob. Cit. Pág. 194. La ubicación del precepto, al que precedían artículos basados en el deber de fidelidad.

⁷²¹ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Límites a la competencia...” Ob. Cit. Pág. 21.

los sujetos interesados acordaran por su libre albedrío el nacimiento de la obligación, posibilitando únicamente que se concertara la cuantía de la compensación económica del trabajador y la duración de la obligación.

Por su parte, un sector minoritario de la doctrina comprendía la prohibición tomando como referencia la buena fe contractual del art. 1258 CC, entendiendo que solo se constituía por acuerdo entre las partes⁷²².

La interpretación doctrinal y jurisprudencial que prevaleció y que otorgó a la prohibición de competencia postcontractual del art. 74 LCT/1944 una naturaleza *ex lege*, repercutió en numerosos aspectos, que conllevaron a un marcado desequilibrio de los intereses en juego, favoreciendo en exceso la posición empresarial. De esta manera, la obligación de no competencia postcontractual se instituyó como un derecho del empresario del cual solo él podía renunciar⁷²³. Del mismo modo, la obligación de no competencia postcontractual se constituía únicamente por la voluntad del empleador. En consecuencia, el empresario era el único facultado para rehusar constituir la obligación, estando el trabajador obligado a aceptar, so pena de serlo mediante sentencia judicial.

Además, la cuantía de la compensación económica y el pago de la misma dependían del arbitrio del empresario, quien efectuaba el pago solo si constataba que el trabajador no realizaba actividad competitiva. Cabe matizar que, en caso de que esta no hubiera sido fijada o hubiese desavenencia del trabajador respecto a la cuantía, podía acudir a un proceso judicial para su estimación. Sumado a todo lo anterior, el empleador tenía la facultad de desistir

⁷²² RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Límites a la competencia...” Ob. Cit. Pág. 25. Destaca el autor que “es excepcional el sacrificio exigible al trabajador en base a la buena fe y una vez finalizado el contrato este sacrificio ya no es exigible”, así mismo resalta que “no existe en el ordenamiento español una prohibición legal o una eficacia prorrogada del deber de no concurrencia”. DIEGUEZ G.: “La fidelidad del trabajador en la LCT” Ediciones Universidad de Navarra Pamplona, 1969, Pág. 60. en CHARRO BAENA, P.: El pacto de no competencia...” Ob. Cit. pág. 148. alude a la relación entre el deber de fidelidad y la prohibición de concurrencia desleal. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “*El pacto de no competencia postcontractual*” Ob. Cit. Pág. 10 ss.

⁷²³ PEDRAJAS MORENO, A.: “La prohibición de concurrencia postcontractual...” Ob. Cit. Pág. 212.

en cualquier momento, liberándose de desembolsar la compensación económica. Acentuaba aún más el desequilibrio en perjuicio del trabajador, la extensión del ámbito objetivo de la prohibición, que se extendía a la totalidad de las actividades realizadas en empresas del mismo sector o rama de producción⁷²⁴.

Así mismo, el art 74 LCT/1944 fijaba un periodo de caducidad para la obligación de no competencia postcontractual de dos años para los trabajadores y cuatro años para los técnicos. La caducidad también se aplicaba para otros supuestos: el incumplimiento en el abono de la compensación por parte del empresario, la ausencia de justificación del interés industrial o comercial o cuando el empresario rehusare pactar con el trabajador en el periodo mencionado⁷²⁵.

La doctrina jurisprudencial señala la entrada en vigencia de la Constitución Española de 1978 como el punto de inflexión en la prohibición de competencia postcontractual, que conduce al legislador a exigir la intervención de la autonomía de la voluntad para el nacimiento de la obligación, en virtud de la consagración del derecho del trabajo en el art. 35 CE. Demarcan claramente este suceso histórico, como determinante en la modificación del régimen de la prohibición de no competencia postcontractual, que evoluciona de obligación legal a obligación contractual, requiriendo un pacto específico, las STS de 5 de Febrero de 1990 (RJ 821/1990) y de 24 de Julio de 1990 (RJ 6467/1990).

De este modo, en reacción a los excesos derivados del excesivo favorecimiento de los intereses empresariales, y en consonancia con la promulgación de la Constitución Española, el siguiente texto normativo laboral conformado por el ET/1980, dispuso que el nacimiento de la obligación estuviera sujeto al acuerdo de voluntades entre trabajador y empresario.

⁷²⁵ Ibídem. Pág.186.

El momento cumbre de la prohibición de competencia postcontractual se da con la promulgación del ET/1980 que, como se ha mencionado, transforma aspectos sustanciales de la prohibición, superando la noción de obligación legal para convertirse en un pacto específico adscrito a una relación laboral. Así mismo, los actuales términos de la prohibición contenidos en el art. 21.2 ET, que son los expresados en el ET/1980, refieren la exigencia de que la obligación nazca como un acuerdo de voluntades autónomo. La radical diferencia con el régimen anterior es la alusión al término pacto, que aparta la naturaleza legal conferida por la LCT a la prohibición de no competencia postcontractual y, además, aminora la duración máxima del pacto⁷²⁶.

37 Régimen jurídico del pacto de no competencia postcontractual

El régimen jurídico del pacto de no competencia postcontractual para las relaciones laborales ordinarias o comunes está fijado en el art. 21.2 ET, sobre el que intervienen los marcos normativos civil y laboral. De esta manera, a través de preceptos civiles y laborales, se fijan los cimientos sobre los que se edifica la obligación de no competencia postcontractual. Así, el art. 21.2 ET se sirve del art. 1255 C.C., que establece la libertad de pactos, así como del art. 1256 C.C., que estipula la bilateralidad de las obligaciones, del art. 6.3 C.C. sobre la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, y del art. 1101 C.C., en cuanto a la posibilidad de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del pacto. Así mismo, el 3.1.c) ET habilita y condiciona a la autonomía individual como fuente creadora de derechos y obligaciones, aplicable al pacto de no competencia postcontractual, y el art 5 ET fija como deber del trabajador la no concurrencia en los términos desarrollados por esa ley estatutaria. Vinculan, también, los arts. 4.1 ET y 35 CE, en lo relativo a la libre elección de profesión u oficio que se ve afectada por la suscripción del pacto, y el art. 38 CE que consagra la libertad de empresas, que constituye el principal interés protegido en el pacto.

⁷²⁶ SEBASTIAN LLORENTE, J.J.: "El pacto de no competencia postcontractual" A.L. No 20. 1990. Pág. 366.

El art. 21.2 ET no contiene una disciplina exhaustiva, aunque estipula específicos requisitos en los ámbitos temporal, material y económico de los que depende su licitud⁷²⁷. En cuanto al límite temporal, dispone el precepto laboral que la duración de la obligación no podrá exceder de 2 años para los técnicos y 6 meses para los demás trabajadores. Reserva el legislador la viabilidad del pacto a la efectiva existencia de un interés industrial o comercial del empresario. Respecto al límite económico, el legislador establece que el empresario deberá compensar adecuadamente al trabajador.

Por su parte, el pacto de no competencia postcontractual en las relaciones laborales especiales no es objeto de tratamiento en la mayoría de los decretos que las desarrollan, de modo que solo las normas de las relaciones laborales especiales aluden en algún precepto al pacto, aunque sin alterar los requisitos establecidos en el art. 21.2 ET. Así, el RD 1382/1985 que regula las relaciones laborales de alta dirección, contempla en el art. 8.3, el pacto de no competencia postcontractual en similares términos que el art. 21.2 ET, aunque no establece un periodo de duración mínima, pero si la duración máxima de 2 años. De la misma forma, el RD 1438/1985, que regula la relación especial de los representantes de comercio, establece en el art. 10.4 una duración máxima de 2 años. Además, el literal a) del referido artículo condiciona la validez del pacto a que la terminación de la relación laboral no se deba al incumplimiento del empresario. Agrega también el literal c), que se dará por abonada la compensación económica adecuada cuando se haya indemnizado al trabajador por la clientela adquirida por él, que, según lo dispuesto por el art. 11.3 del mismo decreto regulador, no podrá exceder del importe total de las comisiones percibidas durante el último año.

Para finalizar, aludiré brevemente a la obligación de mantener secretos profesionales del trabajador, que puede considerarse una razón más que motive a suscribir el pacto. Hay que anotar que la legislación laboral no recoge expresamente la obligación de mantener los secretos profesionales, pero se

⁷²⁷ STS (Sala de lo Social) de 29 octubre 1990 (RJ 1990/7722)

entiende comprendida en el deber de buena fe contractual. Ahora bien, la obligación de mantener los secretos profesionales tiene una vigencia en el tiempo mayor que la prohibición de concurrencia desleal del trabajador, ya que, mientras la obligación de no divulgar los secretos profesionales se mantiene una vez finalizada la relación laboral, sin necesidad de que se establezca un compromiso adicional, la prohibición de competencia desleal termina con la finalización del contrato debiendo celebrarse un pacto si se quiere ampliar la vigencia. Aunque la protección de los secretos profesionales puede conectar con la obligación de no concurrencia, cada uno de estos tiene un significado, alcance y mecanismos de protección diferentes⁷²⁸.

38. Concepto y naturaleza del pacto

Superado el carácter legal conferido por las Leyes de Contrato de Trabajo a la obligación de no competencia postcontractual, los términos actuales de la prohibición especifican la naturaleza jurídica contractual de la obligación, sustentado en el principio de autonomía de la voluntad⁷²⁹.

Tomando como referencia esa nueva perspectiva contractual del pacto de no competencia para después de finalizada la relación laboral, éste puede definirse como un “acuerdo de voluntades expreso, por el que el empresario y trabajador limitan la libertad de trabajo de éste para después de extinguido el contrato de trabajo, y por tiempo prefijado, mediante compensación económica adecuada expresa, con el fin de evitar posibles actividades competitivas con las de aquel”⁷³⁰. También puede definirse como “un compromiso entre el interés del empleador de mantener su clientela y evitar la competencia de su antiguo empleado y el interés y derecho de este de poder trabajar libremente, admitiendo el sacrificio del segundo cuando concurren las circunstancias

⁷²⁸ PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T.: “*El pacto de no concurrencia postcontractual*” Ob. Cit. Pág. 12 ss.

⁷²⁹ ALCAZAR ORTIZ, S., DE VAL TENA, A.L.: “Los pactos de dedicación...” Ob. Cit. Pág. 126.

⁷³⁰ CHARRO BAENA, P.: “El pacto de no competencia postcontractual” Ob. Cit. Pág. 156.

especiales que lo hagan válido⁷³¹. El pacto puede calificarse como un pacto individual⁷³², típico⁷³³, específico⁷³⁴, bilateral, oneroso y expreso.

La prohibición de no competencia postcontractual ha sido entendida por un sector de la doctrina como “un deber póstumo”⁷³⁵ del deber de buena fe, siendo identificado este deber como fundamento del pacto. No obstante, el principio de buena fe no opera una vez finalizada la relación laboral, por lo cual, aunque exista una conexión con este deber, no podría argumentarse que al amparo de éste es exigible la abstención de competencia postcontractual, ya que para la exigencia del cumplimiento de esa obligación debe mediar un concierto de voluntades entre los sujetos intervinientes⁷³⁶, siendo la autonomía de la voluntad el fundamento del pacto de no concurrencia postcontractual.

La prohibición de no competencia postcontractual no es un deber inherente al contrato de trabajo; por tanto, su origen inmediato no es el contrato de trabajo, aunque si lo es de forma mediata. Desde luego, no puede existir pacto de no competencia postcontractual sino ha existido una relación laboral;

⁷³¹ RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “Límites a la competencia en el contrato de trabajo”. Ob. Cit. Pág. 24. MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J. “*Tratado práctico de derecho del Trabajo. vol*”. I. 2º Ed. A.S. Navarra. 2012. Pág. 1098. Ubica dentro de los pactos típicos a el periodo de prueba y a los pactos contemplados en el art. 21 ET

⁷³² RODRIGUEZ-PIÑERO M., et al.: “*Sistema Laboral*” Ed. La Ley, Madrid, 1991. Pág. II-61.

⁷³³ MARTINEZ ABASCAL, V.A., HERRERO MARTÍN, J.B.: “*Curso de derecho del trabajo*” Ed. Tecnos, Madrid, 2012. Pág. 49. Refiere entre los pactos típicos a los contemplados en el art. 21 ET. También los clasifico así otro en la primera parte de la tesis.

⁷³⁴ BARRIOS BAUDOR, G.L, et, al: “*Asesor Laboral*” 4ta Ed. Ed. AS. Navarra. 2013. Pág. 104. Refiere al pacto de no competencia y a los demás pactos del art. 21 ET como pactos específicos. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., ALVAREZ DE LA ROSA, M.: “*Derecho del trabajo*” 19ª Ed. Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011. Pág. 649. Expresa que el pacto de no competencia postcontractual es un pacto específico, no constituye por tanto, una obligación inherente al contrato de trabajo.

⁷³⁵ BAYÓN CHACON, G., PEREZ BOTIJA, E.: “*Manual del derecho del Trabajo*” 10º Ed. Madrid, 1976, vol II, Pág. 512 en PEDRAJAS MORENO, A.: “La prohibición de concurrencia postcontractual...” Ob. Cit. Pág. 187.

⁷³⁶ PEDRAJAS MORENO, A.: “El pacto de no concurrencia postcontractual” Ob. cit. Pág. 17. Está conectado con la prohibición de concurrencia del art. 21 ET por ser también una expresión del deber de buena fe. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “*El pacto de no competencia...*” Ob. Cit. Pág. 12. El fundamento reside en el deber de buena fe. MORENO DEL TORO, C.: “El pacto de abstención postcontractual...” Ob. Cit. Pág. 889. La autora conecta el pacto con el deber de buena fe.

pero, a su vez, no puede existir obligación de no competencia postcontractual sin un acuerdo de voluntades autónomo respecto a esa obligación específica, siendo entonces resultado de un concierto de voluntades, prohibición que no puede configurarse sin una relación laboral previa. El nacimiento contractual de la prohibición viene condicionado pues por la existencia de una relación laboral. Al respecto, Alonso Olea conceptuó que la prohibición nace más del concierto de voluntades que fija la indemnización, que del contrato de trabajo⁷³⁷.

El pacto no constituye una renuncia anticipada de derechos. La STSJ Cataluña (Sala de lo Social), núm. 1566/2010, de 24 de febrero (JUR 2010/167168), establece que “los derechos protegidos por la prohibición establecida en el repetido art. 3.5 ET son los reconocidos al trabajador por disposiciones legales de derecho necesario”, así como los “reconocidos como indisponibles por convenio colectivo; pero no los derechos que surgen por acuerdo entre ambas partes, en cuanto no contradigan las mencionadas normas de carácter imperativo”. El pacto de no competencia contractual crea sobre todo expectativas de derecho, que permiten la consolidación por el trabajador de la compensación económica recibida por renuncia a concurrir con la actividad de su antigua empresa durante cierto tiempo, o autoriza al empresario a reclamar la devolución de lo percibido -o en su caso a no abonar lo pactado- cuando el trabajador incumple esa prohibición de concurrencia. No existe por tanto renuncia anticipada de derechos legales o convencionales indisponibles, y lo que podrá plantearse en determinados supuestos es la proporcionalidad de la indemnización prevista.

La STS (Sala de lo Social) de 8 de Noviembre de 2011 (RJ 2012/1233) recuerda que “el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, en cuanto supone una restricción de la libertad en el trabajo consagrado en el art. 35 C E y del que es reflejo el art. 4.1 ET, recogido en el art. 21.2 ET, y en el art. 8.3 del Decreto regulador de la relación laboral de alta dirección, preceptos similares, requieren para su validez y licitud, aparte

⁷³⁷ ALONSO OLEA, M.: “Derecho del Trabajo” 11ª ed. Madrid. Pág. 291, en MORENO DEL TORO, C.: “El pacto de abstención postcontractual...” Ob. Cit. Pág. 895.

de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos, por un lado, que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario, por otro que se establezca una compensación económica; existe por tanto un doble interés: para el empleador, la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador, asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo; estamos, pues, ante obligaciones bilaterales, recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del art. 1256 CC no puede quedar al arbitrio de sólo una de las partes”.

Por su parte, la STSJ de Navarra (Sala de lo Social), núm. 141/2001, de 30 de Abril (AS 2001/2238), explica que “el pacto de no competencia se regula en el artículo 21 de la Ley Estatutaria como uno de los supuestos excepcionales en que puede limitarse el principio de libertad de trabajo. Es un freno a la autonomía laboral que entorpece el propio desarrollo del trabajador en el mercado de trabajo, pues frente a la disponibilidad y movilidad se alza esta previsión legal que, pretendiendo proteger los legítimos intereses de la empleadora en orden a que otras entidades puedan beneficiarse de sus secretos profesionales o usurparles la clientela, limita la plena libertad del trabajador en relación con la actividad desarrollada por la empresa con quien estuvo vinculado, aun después de extinguida la relación laboral”.

Esta prohibición de no concurrencia postcontractual puede ser incorporada a la relación laboral a través de un pacto específico⁷³⁸, accesorio⁷³⁹, o articulándolo al contenido del contrato de trabajo en forma de

⁷³⁸ STS de 5 de Febrero de 1990 (RJ 1990/821) expresa respecto al pacto de no competencia postcontractual “pasó, en efecto, de constituir una propia obligación legal a convertirse en un pacto específico”, STS (Sala de lo Social) de 24 julio 1990 RJ 1990\6467, afirma al respecto que es “un pacto específico, requerido de precisas e insoslayables exigencias, que se incorpora a la concreta relación laboral concertada”.

⁷³⁹ Por los mismos derroteros se pronuncia STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 5046/2002, de 9 de Julio (AS 2002/2869), STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 6639/2006 de 9 de octubre (AS 2007/1301), que expresan “nada obsta a que, como pacto accesorio, se adicione al contrato de trabajo una estipulación tendente a asegurar el cumplimiento de los deberes laborales, a través del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo”.

cláusula⁷⁴⁰, o como un “nuevo contrato de naturaleza laboral, otorgado con ocasión de la extinción del previo contrato de trabajo”⁷⁴¹.

Ya sea entendida la noción de pacto del art. 21.2 ET como cláusula, contrato, o pacto accesorio o paralelo⁷⁴², la naturaleza jurídica es la de un acuerdo bilateral o sinalagmático con derechos y obligaciones recíprocas para las partes contratantes⁷⁴³. Esta equivalencia de obligaciones entre las partes contratantes en el pacto de no concurrencia postcontractual explica la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), núm. 61/2012, de 30 de enero (AS 2012/253), a tenor de la cual “se trata de una obligación bilateral y recíproca, por la que el empleado se compromete a no utilizar los conocimientos adquiridos en otras empresa y a cambio de ello el empresario indemniza al trabajador”. En idéntico sentido se expresa la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 5547/2010, de 30 julio (AS 2010\1899), concluyendo que, “en definitiva, la naturaleza jurídica del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo es la de un pacto o acuerdo bilateral que genera derechos y obligaciones para ambas partes”.

⁷⁴⁰ STS (Sala de lo Social) de 29 octubre 1990 (RJ 1990/7722): “entre los pactos o cláusulas lícitos que la autonomía de la voluntad puede añadir al contenido reglado del contrato de trabajo se encuentra el «pacto de no competencia para después de extinguido el contrato»

⁷⁴¹ STS (Sala de lo Social) de 3 febrero 1991 (RJ 1991/790): aun entendiendo que el pacto de no concurrencia para después de extinguida la relación laboral, constituye un nuevo contrato de naturaleza laboral, otorgado con ocasión de la extinción del previo contrato de trabajo, no puede entenderse prescrita la acción para reclamar la devolución de la cantidad percibida con ocasión de ese nuevo pacto, porque se ejercita durante su vigencia, en la circunstancia de que el trabajador se dedica a una actividad continuada de concurrencia, es decir, de incumplimiento continuado de su obligación”

⁷⁴² ALCAZAR ORTIZ, S., DE VAL TENA, A.L.: “Los pactos de dedicación exclusiva...” Ob. Cit. Pág. 126. pactos accesorios pueden adicionarse al contrato de trabajo estas estipulaciones tendientes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales, siempre que se respeten los límites marcados por las normas imperativas.

⁷⁴³ STS de 2 de Julio de 2003 (RJ 2004/18), STS de 21 de Enero de 2004 (RJ 2004/1727), STS de 5 de Abril de 2004 (RJ 2004, 3437). Así mismo, STS de 24 de Septiembre de 1990 (RJ 1990/7042), STS de 5 de Febrero de 1990 (RA 821/1990) afirma “las obligaciones recíprocas que puedan surgir de un contrato de trabajo, a tenor de su naturaleza bilateral, onerosa y sinalagmática”, STS (Sala de lo Social) de 20 de Abril de 2010 (RJ 2010/4669) “En definitiva la naturaleza jurídica del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, es la de un pacto o acuerdo bilateral que genera derechos y obligaciones para ambas partes”. Así también, STS (Sala de lo Social) de 15 de enero de 2009 (RJ 2009/653).

Este acuerdo de voluntades puede articularse en distintos momentos o etapas de la relación laboral, aunque en todo caso debe ser producto de una aceptación independiente a la del contrato de trabajo; es decir, aunque se celebre al momento de suscribirse el contrato de trabajo, no puede venir impuesta la obligación por el empresario, sino que el trabajador debe aceptar el surgimiento de esa específica obligación.

Para finalizar, es oportuno aludir a la causa del pacto de no competencia postcontractual. El art. 1274 CC dispone que en los contratos onerosos la causa la constituye la prestación de una cosa o servicio para la contraparte. Explica la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 3259/2011, de 11 de mayo (AS 2011/1777), que la causa del pacto de no competencia postcontractual es, por un lado, “la abstracta imposibilidad de concurrir” y, por otro, “la correlativa compensación económica”, derivando su ausencia en ilicitud de la causa, conforme al art. 1275 CC. Se erigen, por tanto, estos dos aspectos, en elementos esenciales del pacto de no competencia postcontractual.

La STS de 24 Septiembre de 1990 (RJ 1990/7042) expresa la naturaleza indemnizatoria del pacto en relación a la compensación económica que debe incorporar como requisito de validez, al resaltar que “dicha cláusula tiene naturaleza indemnizatoria; su incumplimiento por alguna de las partes, da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, extinguiéndose el pacto por aplicación de lo dispuesto en el art. 1101 del C. Civil; éstos, de acuerdo con el art. 1167 del C.C. se concretaron en los previstos o que se hayan podido prever al constituirse la obligación y que sean consecuencias necesarias de su falta de cumplimiento”⁷⁴⁴.

39. Finalidad del pacto de no competencia postcontractual

⁷⁴⁴ Así también, STS (Sala de lo Social) de 4 mayo 1990 (RJ 1990\3961), STS de 28 noviembre 1989 (RJ 1989, 8278), 4 mayo 1990 (RJ 1990, 3961), 24 julio 1990 (RJ 1990, 6465). Del mismo modo, STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 2250/2003 de 8 de abril (AS 2003/2255)

La razón de ser del pacto es la protección del interés empresarial⁷⁴⁵, evitando que se produzcan daños o perjuicios al empleador por la actividad competitiva del antiguo trabajador. En términos generales la finalidad es la protección mercantil⁷⁴⁶.

A través de la instrumentalización de este pacto, se persigue el alejamiento del trabajador del mercado laboral y profesional en aras a resguardar a la empresa de la competencia de quien trabajó en ella. El pacto es el medio jurídico al que recurre el empresario, que no quiere exponerse a la competencia de un trabajador que puede lesionar a su empresa por el conocimiento que tiene de la misma, y desbancar o sustituir a su empresa del lugar que ocupa en el mercado.

Con carácter general, se puede afirmar que el objeto del pacto es “la protección del interés de la empresa en la no colaboración con una entidad de la competencia”⁷⁴⁷. La STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 5046/2002, de 9 de Julio (AS 2002/2869), explica que “el empresario persigue la finalidad de que el trabajador con quien termina su vínculo laboral, no aproveche la formación, conocimiento, experiencia y trato con la clientela adquiridos durante el tiempo que prestó servicio para la misma, a fin de desarrollar, en beneficio propio o de un tercero, actividades susceptibles de perjudicar la posición que ocupa aquélla en el sector del mercado y de la economía en que se mueve”⁷⁴⁸.

Por su parte, la STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 2240/2009, de 9 de Junio (JUR 2009/365262), hace constar que “la finalidad del pacto es la de que el trabajador no se aproveche de la clientela, de los conocimientos, de la formación y de la experiencia adquiridos en la empresa con la que firmó el

⁷⁴⁵ STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) núm. 2379/2007 de 18 de septiembre (AS 2008/179)

⁷⁴⁶ STSJ de Castilla La Mancha (Sala de lo Social) núm. 838/2013 de 20 de Junio JUR 2013/244065

⁷⁴⁷ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 6599/2001 de 26 de Julio (JUR 2001/275587)

⁷⁴⁸ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 5046/2002 de 9 de Julio (AS 2002/2869), STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 6639/2006 de 9 de octubre (AS 2007/1301)

pacto, para desempeñar en otra empresa actividades semejantes a las que realizaba en la primera, con el consiguiente perjuicio económico, real o potencial”.

En sintonía con esta línea, expone la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 7625/2010, de 23 de Noviembre (JUR 2011/90116), que la razón de ser del pacto se encuentra en asegurar que el posicionamiento de la empresa en el mercado no se verá perjudicado cuando el trabajador pasa a ejercer, bien por cuenta propia o ajena, la misma actividad prestada para su anterior empresario, al que se le priva de clientela valiéndose de la experiencia, conocimientos, contactos o relaciones habidos en el tiempo en que dependía del mismo, razón por la cual el art. 21 ET contempla el pacto de no competencia postcontractual. Así mismo, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 2250/2003, de 8 de Abril (AS 2003/2255), afirma que la finalidad es “evitar que los conocimientos e información adquiridos por el trabajador, por razón del cargo que ocupaba en la empresa, de la organización y técnicas productivas, le coloque en una situación de ventaja en el momento de competir con su anterior empleador en una empresa que produce o comercializa idénticos o similares productos y se dirige a un mismo círculo de clientes”.

La finalidad del pacto también puede ser prevenir comportamientos desleales de los antiguos trabajadores⁷⁴⁹, “proteger la clientela o fondo de comercio de la propia empresa”⁷⁵⁰, “impedir que empresas clientes suyas, que vienen utilizando sus servicios, conviertan a sus propios empleados en sus trabajadores, sustrayéndose con ello a las reglas de la contratación mercantil entre empresas, y proveyendo sus propias necesidades sin necesidad de acudir a los conocimientos y organización de otras”⁷⁵¹

⁷⁴⁹ STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 4388/2002 de 26 de noviembre (AS 2003/1092) Se concluye que el pacto proscribía conductas concurrenciales desleales cuando la sentencia expresa: el sólo hecho de concursar a adjudicaciones o contratos de bienes o servicios propios del objeto social de Iturri ya suponía un acto de deslealtad y concurrencia prohibida por el pacto

⁷⁵⁰ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 1800/2012, de 7 de Marzo (AS 2012/1354)

⁷⁵¹ STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) núm. 2379/2007 de 18 de septiembre (AS 2008/179)

La finalidad del pacto se podría sintetizar recurriendo a la formulación del concepto acuñado por la doctrina, de la competencia diferencial que alude a la competencia formulada por un sujeto cualificado, el trabajador, por la posición que ocupa dentro de la organización empresarial. De esta forma, la finalidad es evitar la competencia diferencial⁷⁵², tal y como explica Rodríguez Piñero, que destaca que la licitud del pacto se justifica por la defensa efectiva al empleador de la competencia diferencial del trabajador con conocimiento sobre la gestión, fabricación y comercialización de los productos y servicios ofrecidos por la empresa y con acceso a la clientela⁷⁵³.

Resalta García Viña la protección que despliega este pacto sobre la información tecnológica y no tecnológica que posee el trabajador respecto a la empresa, el cual, precisamente, ostenta una ventaja competitiva por ser información desconocida por sus competidores⁷⁵⁴.

Aunque el interés empresarial predomina en el pacto de no competencia postcontractual, también existe un interés del trabajador de garantizar una estabilidad económica después de finalizada la relación laboral, a través de la compensación por abstenerse de buscar nuevas expectativas laborales⁷⁵⁵. De esta manera, “el principal interés jurídico protegido es el interés económico y la estabilidad del empresario”⁷⁵⁶, de modo que “hay una preferencia, aunque compensada del interés del empresario”⁷⁵⁷.

⁷⁵² MORENO DEL TORO, C.: “El pacto de abstención postcontractual...” Ob. Cit. Pág. 898.

⁷⁵³ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Limites a la competencia...” Ob. Cit. Pág. 29.

⁷⁵⁴ GARCÍA VIÑA, J.: “*La buena fe en el contrato de trabajo...*” Ob. Cit. Pág. 221.

⁷⁵⁵ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 61/2012 de 30 de enero (AS 2012/253)

⁷⁵⁶ PEDRAJAS MORENO, A.: “La prohibición de concurrencia postcontractual...” Ob. Cit. Pág. 194

⁷⁵⁷ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Limites a la competencia...” Ob. Cit. Pág. 24.

La STS (Sala de lo Social) 24 septiembre de 1990 (RJ 1990/7042) resalta el doble interés en juego en el pacto. De un lado, “para el empleador, la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador, asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo; estamos, pues, ante obligaciones bilaterales, recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del art. 1256 del C. Civil no puede quedar al arbitrio de sólo una de las partes contratantes”⁷⁵⁸. Así mismo, la STSJ de Andalucía núm. 1350/1994, de 30 de diciembre de 1994 (AS 1994/4880), señala que “se requiere la presencia de un doble interés contrapuesto: para el empresario, la no utilización por el trabajador de conocimientos y formación adquiridos en la empresa con la que se compromete, y para el trabajador, una compensación económica como indemnización por el deber de abstenerse de buscar empleo durante un determinado período de tiempo en otra”.

Así también, la STSJ Madrid (Sala de lo Social) núm. 61/2012 de 30 de enero, (AS 2012/253), afirma que “el pacto de no competencia postcontractual genera expectativas tanto para el trabajador (indemnización para compensarle del perjuicio que pueda suponer, tener que dedicarse, después de extinguido el contrato y durante el tiempo pactado, a otra actividad distinta, para la que quizá no esté preparado), como para el empresario (evitar el perjuicio que pueda suponer la utilización por el trabajador de los conocimientos adquiridos en la empresa en una actividad que entra en competencia con aquella”

La STS (Sala de lo Social), de 8 de Noviembre de 2011 (RJ 2012/1233), recuerda que el pacto involucra también el interés del trabajador, destacando que “el pacto de no competencia genera por el trabajador no solo la expectativa de una indemnización, sino la necesidad de prepararse para una futura o futurible actividad nueva con nuevas expectativas”.

40. Forma y momento de celebración del pacto

⁷⁵⁸ Así también, STS (Sala de lo Social) de 4 mayo 1990 (RJ 1990\3966).

El art. 21 ET no menciona requisitos de forma ni estipula un momento para la celebración del pacto. En consecuencia, la ley no exige que el pacto deba formalizarse por escrito admitiéndose entonces la posibilidad de un pacto verbal, aunque en todo caso, debe ser producto de una manifestación expresa de las partes intervinientes. Si no hay aceptación expresa, no puede aducirse que el pacto nació a la vida jurídica, sin que una mera promesa de sujetos no habilitados para obligarse pueda tomarse como una manifestación de voluntad⁷⁵⁹.

No obstante, la ausencia de forma escrita dificulta sin duda alguna la prueba de la existencia del mismo, así como la concurrencia de los requisitos exigidos, como la compensación adecuada y la duración. La STS (Sala de lo Social) de 6 de marzo de 1991 (RJ 1991/1835) advierte que “una cosa es que no sea necesario que el pacto sea escrito, y otra que no tenga que ser expreso y probarse el mismo”⁷⁶⁰.

El pacto puede concertarse en cualquier momento de la relación laboral, al momento de la suscripción del contrato laboral o durante el desarrollo de la relación laboral. Así lo manifiesta la STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social), núm. 69/2008, de 6 de febrero (AS 2008/1095), al hacer constar que “dicho pacto no sería nulo si se hubiera suscrito en el inicio de la relación laboral, cuando la falta de acuerdo del trabajador pudiera haber dado lugar a su no contratación y menos aún lo será cuando el trabajador ya está asentado en la plantilla de la empresa, con una relación laboral fija”.

Incluso una vez finalizada la relación laboral, puede concertarse el nacimiento de la obligación en el finiquito o también en la audiencia de

⁷⁵⁹ STSJ de Cantabria (Sala de lo Social) núm. 715/2001 de 30 de Mayo (AS 2001/ 1676) Afirma que “es necesaria la voluntad manifestada del Consejo de Administración de la demandada, a la que no puede asimilarse la promesa (o siguiera acuerdo) con el Director General de la accionista mayoritaria de Sogarca y la voluntad también concorde de algunos Consejeros. Menos aún el informe favorable de un Letrado” “Tal falta de voluntad inicial no puede ser suplida por la que tan sólo pudieron manifestar algunos miembros del Consejo de Administración, al margen del relieve o protagonismo que éstos pudieran tener”

⁷⁶⁰ Así también, STSJ Islas Canarias, (Sala de lo Social) núm. 914/2010 de 29 de Junio (AS 2010/2878)

conciliación. En todo caso, aunque el pacto se suscriba al inicio de la relación laboral, sus efectos comienzan cuando finaliza la relación laboral⁷⁶¹, de modo que, aunque se acuerde el nacimiento de la obligación al inicio de la relación laboral, es la finalización de ésta el evento que marca la exigibilidad de la abstención del trabajador.

A pesar de que Marzal Martínez plantea un plazo legal de un año para la concertación del pacto de no competencia postcontractual con posterioridad a la finalización de la relación laboral⁷⁶², lo cierto es que no hay previsión legal que permita afirmar categóricamente cual es el periodo de tiempo en el que aún permanece o desaparece el nexo causal entre el contrato de trabajo y el pacto de no competencia postcontractual celebrado con posterioridad a la relación laboral⁷⁶³.

En este orden de ideas, la vigencia de la duración del pacto empieza una vez terminada la relación laboral, aunque si el pacto se acuerda tiempo después de finalizada empezará a regir desde ese momento en que las partes aceptaron el nacimiento de las obligaciones recíprocas de abstención de competencia y de compensación económica.

La obligación de no competencia postcontractual puede concertarse en virtud de cualquier tipo de modalidad contractual laboral, inclusive en un contrato eventual⁷⁶⁴, en un contrato en prácticas⁷⁶⁵, en contrato de fomento de

⁷⁶¹ STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 4388/2002 de 26 de noviembre (AS 2003/1092)

⁷⁶² MARZAL MARTINEZ, O.F.: “*Concurrencia, competencia...*” Ob. Cit. Pág. 192.

⁷⁶³ VALDÉS ALONSO, A.: “Pacto de no competencia postcontractual y acto de conciliación. Sobre la supuesta “accesoriedad” de la obligación de no competencia respecto del contrato de trabajo”. *R.L.* vol. 18 No 5. 2002. Pág. 31.

⁷⁶⁴ STSJ de Cataluña núm. 6523/2002 de 15 de octubre de 2002 (AS 2002/3181) en un contrato eventual de duración inicial de 6 meses se pacta la prohibición de no competencia postcontractual. STSJ de País Vasco (Sala lo Social) de 6 de marzo de 2001 (AS 2002/850). STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 3079/2005 de 4 de octubre (AS 2006/836). El pacto de no concurrencia se suscribió junto con el contrato eventual, entiende el tribunal que “la suscripción de tal pacto no pudo ser más que una imposición de la empresa al trabajador que condicionaba su estabilidad laboral a la suscripción de un acuerdo de escaso equilibrio obligacional”.

empleo⁷⁶⁶ o contrato temporal⁷⁶⁷, contrato para el fomento del empleo como aprendiz⁷⁶⁸. Pero siempre en conexión a una relación laboral⁷⁶⁹; por tanto, es un pacto supeditado o dependiente de la existencia previa de una relación laboral, que puede configurarse como una cláusula integrada al contrato de trabajo o como un pacto adicional.

El pacto requiere del consentimiento de las dos partes, empresario y trabajador. Dado que el pacto involucra derechos fundamentales como la libertad de trabajar del trabajador, no hay posibilidad de su estipulación por declaración unilateral no recepticia⁷⁷⁰ o por negociación colectiva⁷⁷¹, ya que requiere la aceptación individual, libre y voluntaria del trabajador y del empresario. Lo anterior no priva de utilidad al convenio colectivo, ya que a través de él pueden regularse las condiciones del pacto o puede establecerse la obligación como requisito para acceder a una categoría profesional.

⁷⁶⁵ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 5931/2001 de 10 Julio (AS 2001/3626), STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 8 de Marzo de 2003 (AS 2003/2690).

⁷⁶⁶ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 12 de Mayo de 1992 (AS 1992/2834)

⁷⁶⁷ STSJ de C. Valenciana núm. 2991/2007 de 28 de septiembre (AS 2007/3443) contrato temporal que se convierte indefinido no deriva en la nulidad de la cláusula de no competencia postcontractual.

⁷⁶⁸ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 4218/2000 de 16 de Mayo (AS 2000/1925)

⁷⁶⁹ MORENO DEL TORO, C.: "El pacto de abstención postcontractual..." Ob. Cit. Pág. 905.

⁷⁷⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V: "El Tribunal Supremo perfila los pactos de no competencia post contractual". Aranzadi Doctrinal núm. 4/2009. BIB 2009\645. Expresa el autor que es obligatorio que sea "un pacto expreso, por lo que la mera declaración unilateral del trabajador que manifiesta su voluntad de no hacer competencia postcontractual no sirve a estos efectos (STSJ de Cataluña núm. 5933/1995 de 3 de Noviembre de 995 (AS 1995/4424))"

⁷⁷¹ MORENO DEL TORO, C.: "El pacto de abstención postcontractual..." Ob. Cit. Pág. 905. Explica la autora que el pacto debe ser resultado de un acuerdo personal entre empresario y trabajador, por ende, la negociación colectiva no está habilitada para implantar la obligación, por afectar un derecho constitucional.

41. *Ámbito subjetivo del pacto*

La redacción del art. 21 ET no deja lugar a dudas respecto a quienes son los sujetos habilitados o legitimados para comprometerse en el pacto⁷⁷². El precepto refiere claramente a empresario y trabajador, lo que permite inferir que el pacto solo es posible en el marco de una relación laboral con las notas características de ajenidad y dependencia, excluyendo entonces que pueda aplicarse a trabajadores no subordinados⁷⁷³. De esta manera, las partes que celebran el contrato de trabajo están facultadas para celebrar el pacto de no competencia postcontractual, ya sea en el marco de una relación laboral ordinaria o especial.

A pesar de su obviedad, no sobra precisar que una de las partes que suscribe el pacto es el trabajador o futuro trabajador, quien adquiere una obligación para cuando pierda tal condición. En los supuestos en que el pacto se concierta después de finalizada la relación laboral, el sujeto firmante es el que ostentaba la calidad de trabajador y, en virtud de esa antigua relación contractual y precisamente por esa condición de antiguo trabajador, es el sujeto habilitado para vincularse como deudor de la obligación de no concurrencia postcontractual.

En todo caso, el trabajador que suscribe el pacto debe realizar actividades relevantes que estén conectadas con el interés comercial o industrial del empresario. Por tanto, un trabajador cuyo puesto carezca de responsabilidad, sin posibilidad de acceder o utilizar información importante, que realiza funciones de escasa repercusión en la unidad empresarial no

⁷⁷² STSJ de Cantabria (Sala de lo Social) núm. 967/2006 de 30 de octubre (JUR 2006/277684) Alude a la plena exigibilidad de un pacto de no competencia suscrito a la par con otro pacto contemplado en el art. 21 ET, dado que los documentos que “vinculaban a las partes, están firmados por parte legítima”.

⁷⁷³ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Límites a la competencia...” Ob. Cit. Pág. 27. El autor explica que la abstención de competencia postcontractual no se aplica a supuestos que no sean de trabajo subordinado, por la ubicación sistemática del precepto dentro de la LCT y por las expresiones que refieren al contrato de trabajo, trabajador y empresario, por lo cual excluye que solo se aplica a otros supuestos de trabajo no subordinado.

podría constituirse en parte del pacto, pues su incorporación en una empresa de la competencia no representa un riesgo para su empresario. La categoría profesional, la cualificación de las funciones del trabajador, o el puesto estratégico que ocupe dentro de la organización empresarial inciden en la existencia del interés empresarial que justifica el nacimiento de la obligación pactada de no competencia postcontractual.

La STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 5411/2011, de 27 de Julio (AS 2011/2485), aclara que la naturaleza laboral común no significa *per sé* que las tareas realizadas por el trabajador deriven en la ineficacia del pacto de no competencia⁷⁷⁴.

La iniciativa de la suscripción del pacto es del empresario, pues este es quien puede alegar la protección del interés industrial o comercial de su empresa. El empresario es entonces el oferente y el trabajador, el aceptante del pacto⁷⁷⁵; así también, el empresario es acreedor de la obligación de no concurrencia, y deudor de la obligación de compensar económicamente al trabajador.

El acuerdo debe concertarse por los sujetos habilitados por la norma laboral, de lo contrario, los suscribientes no estarían en capacidad para contratar⁷⁷⁶. No obstante, entiende la STSJ de Andalucía Sevilla (Sala de lo Social), núm. 4388/2002, de 26 de noviembre (AS 2003/1092), que, a pesar de que el pacto fue suscrito por un letrado a nombre de los accionistas mayoritarios, lo cierto es que actuaba en representación de la empresa, ya que todos los actos indicaban que la auténtica beneficiaria era la empresa, y el

⁷⁷⁴ A pesar de que el contrato laboral referenciaba una relación laboral común, queda probado que el trabajador realizaba funciones de directivo, por tanto tenía un puesto estratégico de responsabilidad que justificaba la existencia del pacto de no competencia postcontractual.

⁷⁷⁵ NEVADO FERNANDEZ, M.J: “*Las restricciones a la competencia...*” Ob. Cit. Pág. 148.

⁷⁷⁶ STSJ de Cantabria (Sala de lo Social) núm. 715/2001 de 30 de Mayo (AS 2001/ 1676) Afirma que “es necesaria la voluntad manifestada del Consejo de Administración de la demandada, a la que no puede asimilarse la promesa (o siguiera acuerdo) con el Director General de la accionista mayoritaria de Sogarca y la voluntad también concorde de algunos Consejeros.

compromiso de abstención del trabajador iba dirigido a evitar la competencia a la empresa, siendo esta quien asumió el pago, y no los accionistas mayoritarios. Además, otro indicio que permitía percibir a la empresa como acreedora de la obligación de no competencia, era la facultad concedida a la empresa de iniciar las acciones pertinentes ante el incumplimiento del trabajador. Expresa la sentencia que “de los actos previos, coetáneos y posteriores a dicho pacto, y de la propia conducta de los demandados, claramente se infiere que la auténtica beneficiaria del pacto de no concurrencia era la empresa, por ser ella para quienes los demandados, co-suscriptores del pacto, habían venido prestando servicios, siendo irrelevante que en lugar de ella lo suscribieran los tres accionistas mayoritarios”

El empresario beneficiario de la abstención es quien ostenta la titularidad de la organización empresarial “al momento de finalizar la relación laboral, así como cualquier otro que le suceda en la titularidad”⁷⁷⁷.

La novación subjetiva por cambio en la titularidad de la empresa por sucesión empresarial reglada en el art. 44 ET no afecta al pacto de no competencia postcontractual, ya que la nueva empresa asume la actividad y se subroga en todos los derechos y obligaciones de los trabajadores de la anterior empresa. Al respecto, la STSJ de Navarra (Sala de lo Social), núm. 440/2000, de 29 de diciembre (AS 2001/140), expone que “la cláusula se mantuvo viva para el nuevo empresario también era obligatoria para el trabajador que, además, en ningún momento mostró reparos a su pervivencia una vez producida la absorción”. Aclara esta sentencia que no es necesario que el trabajador preste su consentimiento a la transmisión empresarial, puesto que la sucesión empresarial “sólo exige la notificación del cambio a los representantes legales de los trabajadores, como efectivamente consta se efectuó, pero no su autorización o asentimiento; de lo que, a su vez, resulta la inaplicabilidad al supuesto presente de la doctrina civil sobre la novación de las obligaciones o

⁷⁷⁷ PEDRAJAS MORENO, A.: “La prohibición de concurrencia postcontractual...” Ob. Cit. Pág. 206.

sobre la cesión de contrato a un tercero reguladas en el artículo 1203 del Código Civil”.

El fenómeno de la novación puede incidir sobre el pacto de no competencia postcontractual, aunque la afectación dependerá del tipo de novación que se haya llevado a cabo, ya que la modalidad de novación, extintiva o propia y modificativa o impropia, influye de manera diferente en la continuidad del tipo contractual y, por tanto, en la repercusión en el pacto de no competencia postcontractual. En consecuencia, la novación extintiva reglada en los arts.1203 y 1204 C.C., que acarrea la extinción del contrato laboral y obligaría a la generación de un contrato nuevo, conllevaría a que las partes deban realizar una nueva aceptación del pacto de no competencia postcontractual, mientras que, ante una novación modificativa que no produce la “transformación global del contrato de trabajo”⁷⁷⁸, no hay afectación del pacto de no competencia postcontractual, sin que tenga que darse una nueva aceptación.

La identificación del beneficiario del pacto de no competencia postcontractual en las estructuras empresariales complejas no permite la formulación de una premisa general aplicable a todos los supuestos. Podría entenderse que los grupos empresariales serán beneficiarios de la prohibición si actúan como tal de acuerdo a lo puntualizado por la jurisprudencia laboral.

Sin embargo, no se extiende la obligación del trabajador al grupo empresarial cuando el pacto es suscrito por una empresa a título particular sin que aluda al grupo, que no existía al momento de acordar el compromiso de no concurrencia postcontractual. En ese sentido se expresa la STSJ de Cataluña

⁷⁷⁸ La STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social) de 19 de Enero de 1999 (AS 1999/1054) distingue entre la novación extintiva y la modificativa. Expresa la sentencia “la novación invocada, que en todo caso, de haber existido, hubiera sido, no la propia y extintiva, que es la regulada en los invocados arts. 1203 y 1204, sino la impropia o modificativa, de creación jurisprudencial, al haber afectado -de existir-, exclusivamente, a la cuantía del salario pero con mantenimiento del tipo contractual y la continuidad, de la vida de la relación laboral, sin producir una transformación global del contrato desvirtuando por completo lo que fue la raíz de la expresión de la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo en el momento en que se prestó el consentimiento”

(Sala de lo Social), núm. 1614/2006, de 20 de febrero (JUR 2006/115334), que entiende que, a la luz de la interpretación literal de los contratos, el sujeto acreedor de la obligación de no competencia postcontractual es una única empresa, no el grupo de empresas, al que se integra con posterioridad a la suscripción del pacto de no competencia. El cambio implicaría una novación contractual, comportaría una nueva aceptación para obligar a los contratantes del pacto, afirmando que “en el ánimo de las partes estaba limitar el pacto de no concurrencia a la empresa y no a un supuesto grupo de empresas de que forma parte. La atenta lectura de dicho documento pone de relieve que quien comparece es un representante legal de la empresa, que es quien resulta directamente comprometida. En el apartado «*Pactum*» para nada aparece ningún supuesto grupo de empresas y la referencia se hace siempre en singular”.

Por su parte, la STSJ de Madrid, núm. 215/2012, de 26 de Marzo (AS 2012/1482), hace importantes reflexiones sobre la imposibilidad de presumir la existencia de grupo de empresa en el ámbito laboral que permita legitimar la actuación por activa de la empresa matriz. El supuesto de hecho estudiado se refiere a la reclamación de cantidad fijada en una cláusula penal por incumplimiento del pacto de no competencia post contractual. La mencionada cláusula penal fue suscrita entre la trabajadora y una empresa filial, una entidad mercantil diferente y ajena a la empleadora con la que suscribió el pacto de no competencia postcontractual, que no se constituye en parte activa en el proceso judicial, asumiendo la legitimación por activa la empresa matriz. No obstante, el Tribunal aclara que no es viable presumir que fuese trabajadora al servicio del grupo, que aun funcionando como tal en la esfera de las relaciones comerciales, no lo hace como un conjunto integrado en la forma exigida por la jurisprudencia laboral. En síntesis, no podía afirmarse la existencia del grupo, y tampoco podía aplicarse el art. 21.2 ET porque la trabajadora no se comprometió a cumplir la cláusula penal con su empresario, con quien si acordó el pacto de no competencia. En definitiva, la cláusula penal la estableció con una mercantil que no era la entidad empleadora, y ni siquiera intervino como demandante en el proceso.

42. *Ámbito objetivo del pacto de no competencia postcontractual*

El pacto está orientado a prohibir las actividades que impliquen concurrencia con el antiguo empleador, no estando, en principio, dirigido a las actividades que constituyan genéricamente concurrencia desleal, ya que para prohibir y sancionar ese tipo de conductas se encuentra la LCD. Por tanto, las actividades prohibidas al antiguo trabajador son actividades lícitas, que en virtud del pacto se convierten en prohibidas solo para él, pero que continúan siendo lícitas para los terceros⁷⁷⁹. Así, si el trabajador no suscribe el pacto puede ejercer su libertad al trabajo con el único límite de que dichas actividades no incurran en las actividades consideradas como concurrencia desleal por la normativa mercantil de la LCD⁷⁸⁰.

El ámbito objetivo de la prohibición no reviste un carácter absoluto, no incluye, por tanto, todas las actividades profesionales que pueda desempeñar el trabajador; se circunscribe tan solo a las actividades que puedan ser susceptibles de constituir concurrencia al antiguo empleador⁷⁸¹. La prohibición viene delimitada por la actividad desempeñada por la empresa beneficiaria de la prohibición, por la actividad que realice el trabajador y por la actividad desarrollada por la nueva empleadora que debe ser coincidente con la del antiguo empleador.

El Juzgado de lo social núm. 2 de Pamplona (Comunidad foral de Navarra), en sentencia núm. 550/1999, de 31 de Diciembre (AS 1999/3933), explica qué actividades competitivas son las prohibidas por el pacto: “La

⁷⁷⁹ MORENO DEL TORO, C.: “El pacto de abstención postcontractual...” Ob. Cit. Pág. 898.

⁷⁸⁰ SEBASTIAN LLORENTE, J.J.: “El pacto de no competencia postcontractual” Ob. Cit. Pág. 367.

⁷⁸¹ STSJ de Murcia (Sala de lo Social) núm. 256/2010 de 12 de Abril (JUR 2010/194176) expresa respecto al alcance de las actividades prohibidas por el pacto de no competencia postcontractual “tal incompatibilidad opera, tan solo, respecto de empresas que se dediquen a la comercialización o venta del mismo tipo de producto”

obligación de abstención derivada del pacto alcanza, pues, a las actividades competitivas, en el sentido que debe darse a esta expresión, es decir, no sólo a las simplemente concurrenciales sino a las actividades que pertenezcan a la misma esfera comercial o industrial de la empresa, entrando en competencia con ella al dirigirse al mismo círculo potencial de clientes, con la oferta de los mismos o equivalentes bienes o servicios, alcanzando a todas las actividades competitivas, no únicamente a aquellas que integren la competencia desleal, que resultan prohibidas, en todo caso, con independencia del pacto”.

Cabe resaltar que hay elementos del pacto de no concurrencia postcontractual que se definen tomando como referencia nociones de la prohibición legal de concurrencia desleal del art. 21.1 ET. Sucede para la identificación de la concurrencia entre empresas, que se realiza a la luz del art. 21.1 ET (la similitud de actividades por objeto social y coincidencia de bienes y servicios y de clientela), que sirve para establecer el incumplimiento del trabajador al pacto por realizar concurrencia al anterior empresario. También, para la inclusión en las actividades prohibidas de las actividades por cuenta propia y ajena, además de la estimación de que no es necesaria la generación de un perjuicio real o potencial, extendiendo la prohibición a los actos preparativos.

En armonía con la definición de concurrencia a la luz del art. 21.1 ET que se proyecta sobre el art. 21.2, se estima la concurrencia por “la dedicación a similares, o iguales actividades a las que realizaba en la empresa en el mismo sector y mercado, con círculo de clientes similar.” El elemento revelador de la concurrencia es, entonces, la equivalencia, coincidencia o identidad de actividades de las dos empresas involucradas: la empresa beneficiaria de la prohibición y la empresa receptora del trabajador.

Al igual que la prohibición de concurrencia desleal, la prohibición de concurrencia postcontractual pactada prohíbe las actividades por cuenta propia⁷⁸² o por cuenta ajena⁷⁸³, realizada de forma directa o indirecta por el

⁷⁸² STSJ de Asturias (Sala de lo Social) núm. 2253/2003 de 11 de Julio (JUR 2004/14960), STS Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social) núm. 717/2010 de 27 de Mayo (AS 2011/9)

trabajador, que sean concurrencia al anterior empleador. En concordancia con lo expuesto, se expresa el Tribunal Supremo (Sala de lo Social), en sentencia de 18 de Mayo de 1998 (1998/4654), que invoca la aplicación analógica del art. 21.1 ET en cuanto al alcance de la prohibición del art. 21.2 ET, en los siguientes términos: la prohibición de la competencia o concurrencia desleal establecida en el artículo 21.1 del ET alcanza no sólo a la competencia desleal en el trabajo por cuenta de otros empresarios, sino también, con igual o mejor razón, a la actividad concurrente desleal por cuenta propia; conclusión que es consustancial con el pacto previsto en el núm. 2”.

Asimismo, la interpretación del art. 21.2 ET permite que se pueda estimar la infracción por concurrencia por actos preparativos. De esta manera, se infringe el pacto aun cuando no haya empezado la efectiva prestación de servicios pero se haya suscrito contrato laboral, ya que la concurrencia se materializa por la sola suscripción de un contrato de trabajo⁷⁸⁴. Así también, cuando no haya iniciado actividades la empresa que pretende constituir el trabajador pero que ha sostenido reuniones con trabajadores y clientes de la antigua empresa intentando captarlos para la empresa que va a constituir⁷⁸⁵.

Trabajador categoría de óptico que una vez finalizada la relación laboral instaló un negocio por su cuenta destinada a la misma actividad que la de su antigua empleadora, STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 4388/2002 de 26 de noviembre (AS 2003/1092) antiguo trabajador que constituye empresa para concursar en adjudicaciones en los que participaba la anterior empleadora. STSJ de Asturias (Sala de lo Social) núm. 2253/2003 de 11 de Julio (JUR 2004/14960) Antigua Jefa de Administración de la empresa constituye empresa en la que actúa de administradora y se dedica a la misma actividad que la empresa demandante y tiene el domicilio también en Avilés.

⁷⁸³ STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) núm. 2596/2008 de 3 de Noviembre (JUR 2009/202821) Alto directivo que con pacto de no competencia postcontractual presta servicios por cuenta ajena a una empresa con el mismo objeto social de la anterior empleadora. STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 843/2010 de 29 de Octubre (AS 2011/30).

⁷⁸⁴ STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 232/2007 de 31 de enero (JUR 2008/18881) “el trabajador entra en la esfera de disposición de una empresa en que su actividad puede suponer competencia para la actora, pese a haber recibido una compensación económica como indemnización por el deber de abstenerse de buscar empleo durante un determinado período de tiempo en otra empresa de la competencia”

⁷⁸⁵ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 687/2000 de 13 de Diciembre (JUR 2001/94451) “el actor mantuvo diversas reuniones con empleados de la compañía con el único propósito de convencerles para que abandonaran la compañía y se unieran a una nueva empresa que sería constituida por él, de características similares a las de la compañía”

Sin perjuicio de las conexiones existentes entre el art. 21.1 y 21.2 ET, no puede confundirse la concurrencia desleal durante la relación laboral y la prohibición de concurrencia una vez finalizada la relación de trabajo establecida mediante pacto, ya que cada figura representa una institución jurídica diferente, aunque relacionada con la otra. La infracción al pacto se configura por la mera concurrencia del trabajador, sea o no desleal; por tanto, para la infracción no es necesario que haya habido traspaso de clientes que beneficie a la nueva empleadora⁷⁸⁶. Como razona la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 4054/2013, de 7 de Junio (JUR 2013/261121), “el compromiso obligacional asumido por el trabajador “no se circunscribe a la eventual constitución de una empresa de la competencia o por haber intervenido en la pérdida del contrato de exclusividad atribuido a esta última en perjuicio de su anterior empleador sino en la general (y subsumible) actuación de haber concurrido en la actividad comercial desarrollada en la misma”.

En contraposición, la STSJ Madrid (Sala de lo Social), núm. 363/2001 de 17 de Mayo (JUR 2001/199341), argumenta, en alusión al vínculo entre el pacto de no competencia postcontractual y la deslealtad, que “la base de la viabilidad de tal pacto es la deslealtad que pudiera existir”⁷⁸⁷. No obstante, cabe recordar que el pacto no proscribía una competencia cualificada como desleal, sino la concurrencia del trabajador hacia su antiguo empresario. No obsta lo anterior, a que, si ha habido deslealtad en la actividad concurrente del antiguo trabajador, es lógico afirmar que dicho comportamiento permite evidenciar fácilmente la infracción del pacto, como acontece cuando el ex trabajador vierte afirmaciones falsas sobre la viabilidad financiera de su antiguo empleador e intenta captar trabajadores y clientes para beneficio de la empresa que pretende constituir, concurrente con la de su antiguo empresario⁷⁸⁸, o cuando el antiguo trabajador, además de constituir una mercantil que concurre con la actividad de su anterior empresario, se apropia de documentos que contienen

⁷⁸⁶ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 1800/2012, de 7 de Marzo (AS 2012/1354) Coordinadora comercial que trabaja en el mismo mercado de su anterior empresa, infringió el pacto sin que sea necesario para la configuración de la infracción, que el antiguo trabajador haya traspasado clientes a su nueva empleadora.

⁷⁸⁷ STSJ Madrid (Sala de lo Social) núm. 363/2001 de 17 de Mayo (JUR 2001/199341)

⁷⁸⁸ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 687/2000 de 13 de Diciembre (JUR 2001/94451)

información importante conformada por la lista completa de proveedores y clientes de la empresa, y diseños Industriales⁷⁸⁹.

Al respecto, afirma la STSJ de Navarra (Sala de lo Social), núm. 440/2000, de 29 de diciembre (AS 2001/140), que “la simple posesión de la documentación incautada revela una conducta desleal tendente a incidir sobre un mismo mercado potencial de clientes, mediante el aprovechamiento ilegítimo de datos internos de la empresa, que conocía por su condición de trabajador de la misma, y que cuando se refieren a un sistema organizativo o de producción o versan sobre la relación de sus proveedores o sus clientes, pueden ocasionar un potencial perjuicio para ella al alterar el juego de la libre competencia a través de proporcionar una posición de ventaja para la nueva actividad”.

Por su parte, la STS (Sala de lo Social) de 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988\7097) hace constar que “la apreciación de concurrencia desleal requiere que la actividad realizada, fuera de la empresa principal, se manifieste en áreas competitivas respecto a ésta, en tanto que dirigida a potencial clientela común, mediante la oferta de productos o servicios equivalentes...La concurrencia desleal también requiere que la competencia alegada sea actual y no hipotética o futura. La concurrencia prohibida requiere, de una parte y como presupuesto previo, que la actividad tachada de concurrente se produzca dentro del mismo plano de actuación al que desarrolla la empresa principal, en términos de competencia con ésta, por ir dirigida a potencial clientela idéntica, con ofrecimiento de bienes o servicios simultáneos”.

Para estimar cuando un ex trabajador incurre en concurrencia con su antiguo empleador, es necesario tener presente la definición manejada por el art. 21.1 ET, y extrapolable al art. 21.2 ET. Así, la STS de 8 de Marzo de 1991 (RJ 1991/1840) afirma que “la concurrencia implica una actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado, por parte del trabajador, que

⁷⁸⁹ STSJ de Navarra (Sala de lo Social) núm. 440/2000 de 29 de diciembre (AS 2001/140) considera que la concurrencia desleal del antiguo trabajador se materializo por la conformación de una sociedad concurrente, por apropiación de documentos y por remisión de cotización a clientes de la antigua empleadora.

entra en competencia económica con el empresario por incidir en un mismo ámbito de mercado en el que se disputa un mismo potencial de clientes”⁷⁹⁰. En otras palabras, “la concurrencia prohibida es aquella que se produce dentro del mismo plano de actuación al que desarrolla la empresa principal, en términos de competencia con ésta, por ir dirigida a potencial clientela idéntica, con ofrecimiento de bienes o servicios similares”⁷⁹¹.

Se establece la concurrencia por igualdad total de objetos sociales⁷⁹², o similares, o parcialmente coincidente⁷⁹³. De esta manera “la similitud de las actividades económicas o mercantiles de las empresas en que sucesivamente han prestado servicios los trabajadores demandados permite apreciar, como conclusión más segura, que todas ellas operan alrededor de los mismos clientes potenciales, al ofertar, en todo o en parte, los mismos o equivalentes bienes o servicios, por lo que cabe concluir que los trabajadores demandados sí prestan servicios para una empresa que lleva a cabo actividades concurrentes con las que desarrolla la empresa demandante”⁷⁹⁴.

La concurrencia implica, por ende, una coincidencia material, geográfica y temporal. Por tanto, ante ausencia de coincidencia geográfica y material teniendo la empresa actual un objeto social más extenso, se deduce que las

⁷⁹⁰ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 9127/2001 de 22 de Noviembre (AS 2002/242) Extrapola la definición de concurrencia al pacto de no competencia postcontractual: “son competitivas en cuanto desarrollan una actividad que incide en un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes”. Así también, STSJ de Madrid Sala de lo Social) núm. 938/2003 de 18 de noviembre (AS 2004/2247)

⁷⁹¹ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 2250/2003 de 8 de Abril (AS 2003/2255), STS de 20 de Julio de 1990 (RJ 1990/6444) Así también, la STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 1771/2012 de 19 de Junio (JUR 2012/310119) enfatiza para estimar la deslealtad en el caso en estudio, que ambas mercantiles son fabricantes de pavimento y revestimiento cerámico, que inciden sobre el mismo mercado real y potencial.

⁷⁹² STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) núm. 2596/2008 de 3 de Noviembre (JUR 2009/202821), STSJ Madrid (Sala de lo Social) núm. 61/2012 de 30 de enero (AS 2012/253), STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 843/2010 de 29 de Octubre (AS 2011/30). STSJ Cataluña (Sala de lo Social) núm. 1566/2010 de 24 de febrero (JUR 2010/167168). Las dos empresas tienen el mismo objeto social y están ubicados en la misma zona geográfica.

⁷⁹³ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 9127/2001 de 22 de Noviembre (AS 2002/242), STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 461/2008 de 27 de Mayo (JUR 2008/284204).

⁷⁹⁴ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 843/2010 de 29 de Octubre (AS 2011/30), STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 461/2008 de 27 de Mayo (JUR 2008/284204)

empresas involucradas no compiten en el mercado⁷⁹⁵, aunque es oportuno matizar que, aunque la prohibición inicialmente se circunscribe al ámbito espacial en el que se desenvuelve el empresario, las partes pueden concertar un área geográfica diferente, de menor o mayor amplitud⁷⁹⁶. Asimismo, hay concurrencia por coincidencia o identidad en las actividades empresariales cuando las dos empresas se dedican a la misma actividad aunque empleando diferentes medios, ya que a pesar de la disparidad de medios⁷⁹⁷ o de técnicas utilizadas en las empresas, tales medios y técnicas van dirigidos a la disputa de los mismos clientes potenciales⁷⁹⁸.

En este orden de ideas, hay infracción al pacto cuando el objeto social de las empresas está ubicado en el mismo sector de actividad⁷⁹⁹, el obligado a abstenerse constituye empresa con idéntico objeto social para participar en adjudicaciones de servicios del mismo sector⁸⁰⁰, existe coincidencia parcial de la actividad mercantil⁸⁰¹, hay similitud de funciones del trabajador en empresas que se dedican a la misma actividad⁸⁰², el trabajador labora para una empresa que concurre con la actividad de una empresa del grupo al que pertenece la antigua empleadora⁸⁰³, por la activa (e injustificada) participación del trabajador en la creación de la empresa de la competencia. También por su acreditado

⁷⁹⁵ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 718/2008 de 12 de Noviembre (AS 2008/3044)

⁷⁹⁶ STS de 8 de Julio de 1988 (RJ 1988/5680)

⁷⁹⁷ STSJ de Cataluña núm. 3428/2001 de 23 de abril de 2001 (JUR 2001/181671). Dos empresas dedicadas al transporte de mercancías por carretera que tenían flotas de camiones de capacidades de volumen diferente, mientras que una tenía medios de transporte de máximo volumen de carga mientras que la flota de la otra empresa no tenía tanta capacidad de carga.

⁷⁹⁸ STS (Sala de lo Social) auto de 7 de noviembre de 2012 (JUR 2012/392630)

⁷⁹⁹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 404/2001 de 29 de Mayo (AS 2001/2282)

⁸⁰⁰ STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 4388/2002 de 26 de noviembre (AS 2003/1092)

⁸⁰¹ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 9127/2001 de 22 de Noviembre (AS 2002/242) “Si bien la empresa para la que el actor actualmente presta servicios desarrolla una mayor gama de actividades que la que lleva a cabo la antigua empleadora Laboratorios Miret, SA, existe un sector en el que coinciden, cual es el relativo al tratamiento de aguas en sus diversas modalidades”

⁸⁰² STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 2250/2003 de 8 de Abril (AS 2003/2255)

⁸⁰³ STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 1771/2012 de 19 de Junio (JUR 2012/310119)

nombramiento para el "puesto de gerente" de aquélla, desde la cual procedió a cursar ofertas a clientes de la antigua empleadora⁸⁰⁴, se constituye empresa en la que se actúa de administradora y se dedica a la misma actividad⁸⁰⁵, el trabajador ocupa el mismo puesto de trabajo en una empresa ofrece los mismos productos que ofertan las empresas que pertenecen al grupo de la antigua empleadora⁸⁰⁶, el trabajador comercial que realiza las mismas funciones en empresas con el mismo objeto social ubicadas en la misma área geográfica⁸⁰⁷, o, en fin, el trabajador de alta dirección que presta servicios en empresa del mismo sector de su antigua empleadora⁸⁰⁸.

La ampliación del objeto social de la empresa durante la relación laboral afecta a las funciones del trabajador, dado que extiende el ámbito de la prohibición que vincula al trabajador⁸⁰⁹. Por el contrario, el ámbito de la prohibición se reduce en caso de transmisión de un área de actividad de la empresa, ya que las actividades comprendidas por esa área dejan de ser desarrolladas por la empresa, por lo que, en principio, el trabajador vería reducido el ámbito de la prohibición. No obstante, se incurrirá en concurrencia, a pesar de la transmisión del área de actividad, por el mero contacto de clientes si así se ha pactado⁸¹⁰. Tampoco es extensible el ámbito objetivo de la obligación al grupo de empresas, si éste no existía a la firma del pacto, por “lo

⁸⁰⁴ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 4054/2013 de 7 de Junio (JUR 2013/261121)

⁸⁰⁵ STSJ de Asturias (Sala de lo Social) núm. 2253/2003 de 11 de Julio (JUR 2004/14960)

⁸⁰⁶ STSJ Madrid (Sala de lo Social) núm. 61/2012 de 30 de enero. (AS 2012/253)

⁸⁰⁷ STSJ Cataluña (Sala de lo Social) núm. 1566/2010 de 24 de febrero (JUR 2010/167168)

⁸⁰⁸ STSJ Cataluña (Sala de lo Social) núm. 2010/2003 de 25 de Marzo (AS 2003/1958) ex trabajador de alta dirección, que labora en empresa “dedicada a la producción y comercialización de pinturas para automóviles, y dedicándose su antigua empleadora a la actividad de pinturas, ha incumplido el pacto por el que se comprometió a no estar de alta en ninguna empresa cuya actividad entrara en competencia”

⁸⁰⁹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 404/2001 de 29 de Mayo (AS 2001/2282). La extensión del objeto social precisamente en el aspecto en que posteriormente el antiguo trabajador realiza la concurrencia, no es óbice para que el tribunal no estime la infracción del pacto. La empresa acreedora de la obligación se dedicaba a la fabricación de motores, luego se extiende hasta proyectos de Cogeneración, y el antiguo trabajador se emplea en una empresa dedicada a la cogeneración de motores.

⁸¹⁰ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 351/2008 de 21 de Mayo (AS 2009/457)

que sucediera posteriormente para obligar a las partes habría de ser objeto de novación contractual”⁸¹¹.

Lo importante para estimar la concurrencia es la actividad efectivamente realizada no la que publicitada⁸¹², ni las enumeradas en amplios objetos sociales pero que no son realizadas.

Otra teoría para identificar la concurrencia de actividades de mayor rigurosidad que la mera comparación de objetos sociales alude a la coincidencia de bienes o servicios ofertados por las empresas involucradas. En concordancia, no hay competencia directa debido a que no hay coincidencia en los productos ofertados, cuando el antiguo empleador se orienta a la venta mayorista y el antiguo empleado a la venta minorista⁸¹³. Tampoco, si los productos ofrecidos por las dos empresas son distintos, aunque la actividad productiva la realice en el mismo sector o área de actividad⁸¹⁴. Cabe destacar, que no todas las empresas que se desenvuelven en el mismo sector de actividad son competitivas entre sí, aunque las dos empresas pertenezcan al mismo sector de actividad, si no compiten en las mismas áreas ni el trabajador desempeña las mismas funciones⁸¹⁵.

⁸¹¹ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 1614/2006 de 20 de febrero (JUR 2006/115334)

⁸¹² STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 746/2010 de 5 de marzo (AS 2010/1497) De acuerdo a las actividades publicitadas por la empresa si podría considerarse que la actividad de la nueva empleadora es concurrente, más sin embargo, en el análisis prevalece la actividad real y efectivamente realizada

⁸¹³ STSJ de Navarra (Sala de lo Social) núm. 346/2007 de 21 de diciembre (JUR 2008/108388) De la comparación de objetos sociales se concluye que no hay competencia directa debido a que la antigua empleadora vende sus productos exclusivamente a grandes cadenas de distribución, mientras que el antiguo empleador vende productos en sus tiendas, dirigidas al pequeño consumidor.

⁸¹⁴ STSJ de C. Valenciana núm. 1177/2005 de 21 de abril (JUR 2005/164644). No hay coincidencia de actividad productiva porque las empresas se dedican a la elaboración de productos sustancialmente diferentes aunque pertenecientes al mismo sector, mientras una empresa fabrica pequeños juguetes educativos, la otra fábrica vehículos y grandes juguetes para el jardín.

⁸¹⁵ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 746/2010 de 5 de marzo (AS 2010/1497) “aunque ambas se dedican a la restauración de colectivos, la segunda de las empresas no ocupa el sector de actividad de la primera”

La STSJ de Andalucía (Sala de lo Social), núm. 2240/2009 de 9 de Junio (JUR 2009/365262), hace una importante reflexión sobre la necesidad de trascender en el examen de la concurrencia, no quedándose en el análisis de la redacción genérica del objeto social de las empresas sino alcanzando la valoración sobre las actividades realizadas por el trabajador, en referencia a si desempeñaba las mismas o similares funciones o actividades, que repercutieran en un perjuicio real o potencial para el antiguo empleador. Prescindir de la valoración de las actividades desempeñadas por el trabajador equivaldría a vedarle la posibilidad de realizar actividades distintas a las que realizaba para su antiguo empleador, derivando en una limitación de la libertad al trabajo, aún más gravosa en situaciones donde hay una cuestionable amplitud del objeto social.

Realizan un examen más estricto, los tribunales que reparan en la similitud o lesividad de las actividades realizadas por el antiguo trabajador en relación con el objeto social de la empresa acreedora de la obligación de no competencia y comparando a su vez el objeto social de la nueva empleadora⁸¹⁶. Por tanto, se valora que hay vulneración del compromiso de abstención si hay similitud de funciones del trabajador en empresas que se dedican a la misma actividad⁸¹⁷, o cuando a pesar de que no realice las mismas tareas, se aprecia una importante entidad o relevancia en la naturaleza de las funciones que puede derivar en un perjuicio para el anterior empresario por la significativa colaboración que supone esa prestación de servicios a favor de un competidor. Ejemplifica lo anterior, la calificación como infracción del pacto, la conducta del ex trabajador que en la nueva empresa realiza funciones de dirección y comercialización y, en la anterior, tenía categoría de jefe de productos⁸¹⁸.

⁸¹⁶ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 404/2001 de 29 de Mayo (AS 2001/2282)

⁸¹⁷ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 2250/2003 de 8 de Abril (AS 2003/2255), STSJ Madrid (Sala de lo Social) núm. 61/2012 de 30 de enero. (AS 2012/253) los objetos sociales de ambas empresas son coincidentes y las actividades del trabajador son las mismas.

⁸¹⁸ STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) de 23 de Enero (AS 2004/1827) además de la entidad de las funciones realizadas por el trabajador, las actividades de las empresas concurren.

En este orden de ideas, la interpretación restrictiva o estricta⁸¹⁹ debe guiar el análisis de los elementos del pacto, como señalan los tribunales, “los pactos de no competencia, no debieran ser objeto de una interpretación extensiva, ya que el deber de trabajar, y el derecho al trabajo, es una obligación constitucional, y la sabiduría obtenida por la experiencia, forman parte indivisible, de la formación profesional del trabajador”⁸²⁰.

Partidaria de esta aplicación restrictiva en la valoración de las funciones del trabajador, por el carácter excepcional del pacto, la STSJ Madrid (Sala de lo Social), núm. 363/2001, de 17 de Mayo (JUR 2001/199341), destaca que “es requisito imprescindible para la viabilidad del pacto de no concurrencia que la segunda empresa se pueda aprovechar de la formación recibida por el trabajador en la primera empresa, efectuando en un nuevo trabajo una actividad específicamente competitiva, y no basta la nueva adscripción a una empresa cuyo objeto social puede ser parcialmente concurrente. Por consiguiente, ha de probarse que el trabajador ha de realizar tareas laborales de idéntica naturaleza y para las que recibió formación profesional a cargo de la primera empresa, siendo la base de la viabilidad de tal pacto la deslealtad que pudiera existir respecto a la primera empresa”. Por lo tanto, si el extrabajador realiza tareas diferentes en la nueva empresa no podría valorarse que hubo infracción del pacto. Así lo explica la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 4218/2000, de 16 de mayo (as 2000/1925), expresando que “la limitación o prohibición de concurrencia se contrae y refiere a «dedicarse a desarrollar la misma actividad profesional»”⁸²¹.

Por tanto, hilan más fino para no estimar la concurrencia algunos tribunales que valoran la actividad realizada por el trabajador: el trabajador que desarrolla una actividad distinta en empresa que coincide en la misma área de

⁸¹⁹ STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 1412/2005 de 9 de Mayo (JUR 2005/195954) Sobre la interpretación que debe prevalecer en el análisis del pacto de no concurrencia postcontractual “interpretación estricta al suponer una restricción de la libertad en el trabajo (art.35 de la Constitución y 4.1.a) del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)”

⁸²⁰ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 236/2002 de 21 de Marzo (AS 2002/1509)

actividad con la del antiguo empleador, pero dado que, en la función que realizaba antes comercializaba solo un tipo de productos, que es distinto al que comercializa en su nuevo trabajo y en un área geográfica diferente⁸²², o cuando el ex trabajador no está en posesión de datos o información relevante⁸²³, al igual que si las actividades realizadas por el trabajador son diferentes y los servicios ofrecidos van dirigidas a una clientela distinta⁸²⁴.

No obstante, algunos tribunales prescinden o desestiman la importancia de la valoración de las funciones realizadas por el trabajador, como se pone de manifiesto en la STSJ Madrid (Sala de lo Social), núm. 986/2005, de 20 de diciembre (JUR 2006/64665) al afirmar que “puede concluirse que ambas empresas tienen el mismo objeto social por lo que sí existe concurrencia, siendo intrascendente que las funciones que desempeñó el actor en la empresa demandante y las que desempeña en su actual empresa no sean exactamente las mismas”.

Si bien es cierto que la similitud de funciones del trabajador puede ayudar a revelar la situación de concurrencia, este análisis siempre debe ir aunado al examen de la similitud de actividades de las empresas, debido a que la mera identidad de actividades o funciones realizadas por el trabajador sin coincidencia de las actividades de las empresas no permiten concluir la existencia de concurrencia⁸²⁵.

⁸²² STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 236/2002 de 21 de Marzo (AS 2002/1509). Director de gestión de activos que comercializaba paletas y en su nuevo trabajo comercializa cajas de plástico.

⁸²³ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 618/2009 de 6 de octubre (AS 2009/2898) las dos empresas involucradas tenían actividades coincidentes.

⁸²⁴ STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 2240/2009 de 9 de Junio (JUR 2009/365262) Aunque había coincidencia parcial del objeto social de ambas mercantiles, el trabajador realizaba en su antigua empresa catering para centros sanitarios públicos, y en la nueva empresa labora en el área de la limpieza de edificios, concluyendo el tribunal que son “objetos claramente distintos y no concurrentes”

⁸²⁵ STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 1412/2005 de 9 de Mayo (JUR 2005/195954) “la primera se dedicaba a carpintería metálica y la segunda a Montajes Metálicos e Instalaciones Industriales y a Materiales de Construcción”

Ahora bien, hay que reconocer el protagonismo de la autonomía de la voluntad de las partes en la fijación de las condiciones del pacto, que permite demarcar específicamente el ámbito objetivo por los sujetos intervinientes. Así, la concurrencia prohibida puede fijarse a través de la enumeración de aquellas empresas susceptibles de ser objeto de competencia⁸²⁶, fijando que no pueda emplearse en empresas para las que haya prestado servicios por cuenta de la empresa empleadora⁸²⁷, definiendo que se entiende como actividad concurrencial las actividades desarrolladas por la empresa enumerando las actividades relacionadas con el sector de la empresa⁸²⁸, remitiendo directamente a la comparación de objetos sociales⁸²⁹, prohibiendo asesorar o ser inversor de una mercantil de la competencia⁸³⁰, estableciendo la prohibición de contactar con clientes de la empresa aunque no sean del mismo sector que la de la antigua empleadora⁸³¹. Puede, así mismo, delimitar la prohibición estableciendo que la abstención de concurrencia se restrinja a la fabricación y comercialización “bajo cualquier forma o modalidad”⁸³² de los productos ofrecidos por la empresa⁸³³. También puede establecerse en el pacto la extensión de la prohibición de concurrencia a las actividades de las empresas

⁸²⁶ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 746/2010 de 5 de marzo (AS 2010/1497), STSJ de Murcia (Sala de lo Social) núm. 256/2010 de 12 de Abril (JUR 2010/194176) el pacto concretaba unas empresas para las cuales no podía emplearse.

⁸²⁷ STSJ de Castilla La Mancha (Sala de lo Social) núm. 838/2013 de 20 de Junio JUR 2013/244065, STSJ de Asturias (Sala de lo Social) núm. 2253/2003 de 11 de Julio (JUR 2004/14960)

⁸²⁸ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 1800/2012, de 7 de Marzo (AS 2012/1354). Estipula la cláusula “se entiende como actividad concurrencial con las actividades desarrolladas por la empresa, aquellas actividades relacionadas con el sector de la mediación y corretaje de seguros que vayan dirigidas tanto a los actuales clientes de la Correduría como hacia aquellos colectivos de profesionales relacionados con la actividad sanitaria”

⁸²⁹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 461/2008 de 27 de Mayo (JUR 2008/284204)

⁸³⁰ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 404/2001 de 29 de Mayo (AS 2001/2282)

⁸³¹ STSJ de Castilla La Mancha (Sala de lo Social) núm. 838/2013 de 20 de Junio JUR 2013/244065, STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 351/2008 de 21 de Mayo (AS 2009/457) “establecimiento de un pacto de no concurrencia para cualquier actividad que pueda considerarse concurrente con la llevada a cabo por la Empresa, de contactar con clientes de la empresa”

⁸³² STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 4388/2002 de 26 de noviembre (AS 2003/1092)

⁸³³ STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) de 23 de Enero (AS 2004/1827)

que conforman el grupo empresarial al que pertenece la antigua empleadora incluso enumerando las actividades que se consideran concurrentes⁸³⁴.

A pesar de que las partes acuerden en el pacto la prohibición del trabajador de no emplearse para alguno de los clientes para los que laboró en virtud del antiguo contrato laboral, puede inferirse el cumplimiento del pacto si el trabajador, efectivamente, no se emplea para estos clientes, pero es destinado allí por la nueva empresa⁸³⁵.

Aunque parezca prescindible por su obviedad, no sobra aclarar que tampoco puede estimarse infracción al pacto y eventual nulidad del mismo, aunque concurra un interés de la antigua empleadora y el trabajador desempeñe una actividad concurrente de naturaleza mercantil, no laboral⁸³⁶.

Es oportuno aún destacar la conexión entre el efectivo interés empresarial y la infracción por concurrencia del antiguo trabajador. Para empezar, el alcance y la subsistencia del pacto está condicionado al efectivo interés empresarial, siendo este es el punto de referencia fijado por el legislador como razón para limitar la libertad al trabajo del trabajador, y también para establecer el límite de las actividades prohibidas⁸³⁷. El límite de la prohibición del pacto está fijado por la actividad de la empresa, ya que la actividad prohibida es la que concurre con la actividad desarrollada por el antiguo empleador, siendo esta actividad el punto de referencia. La STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 9127/2001, de 22 de Noviembre (AS 2002/242), explica que “para determinar si se ha infringido o no el pacto de no competencia suscrito entre las partes ha de tenerse en cuenta la actividad de la

⁸³⁴ STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 1771/2012 de 19 de Junio (JUR 2012/310119)

⁸³⁵ STSJ de Castilla La Mancha (Sala de lo Social) núm. 838/2013 de 20 de Junio JUR 2013/244065

⁸³⁶ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 5899/2010 de 17 de Septiembre (JUR 2010/375192) Compara objetos sociales (comercialización de productos dentales), coincidentes, y aunque existe concurrencia del antiguo trabajador, no puede estimarse la infracción al pacto establecido, ya que es nulo debido a la inadecuación en la retribución.

⁸³⁷ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Límites a la competencia...” Ob. Cit. Pág. 30.

empresa para la que trabajó y la que lleva a cabo la entidad para la que trabaja en la actualidad”

La estrecha relación entre el requisito del interés industrial o comercial con la identificación de existencia de concurrencia del trabajador se pone de manifiesto en la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), núm. 718/2008, de 12 de Noviembre (AS 2008/3044), que reconoce que “el requisito del interés que inicialmente existe de forma abstracta se defiende en su concreción al momento en el que la situación prevenida pueda presentarse y, así, si realmente se produce una competencia que dañe el interés industrial o comercial, el pacto desplegará su eficacia, pero no lo hará si, como en el presente caso, no se ha demostrado la concurrencia de dicho interés que, podría haberse materializado de haberse demostrado que el actor podía hacerse con los clientes de la empresa desde su nuevo puesto o cualquier situación similar, pero no se ha acreditado extremo alguno que demuestre que la recurrente y la empresa de la que procedía, compitan en el mercado, geográfica y objetivamente, habiendo indicios de que no lo hacen, por cuanto la actual empleadora del demandado tiene un objeto social mucho más amplio”.

En esa misma dirección, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), núm. 136/2009 de 20 de febrero (AS 2009/2018), afirma que “el efectivo interés del empleador sirve para fijar el ámbito funcional -actividad paralela dentro de un campo profesional idéntico o próximo- y espacial - territorio en el que la empresa realiza efectivamente su actividad- de la prohibición, que no puede extenderse más allá de estos ámbitos”⁸³⁸.

Para finalizar, cabe agregar que el pacto de no competencia no es aplicable en la prejubilación, ya que ese periodo de baja temporal de la empresa implica la suspensión del contrato conforme al art. 45.1 ET, no una extinción contractual como la jubilación anticipada o la baja incentivada⁸³⁹.

⁸³⁸ Así también, la STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social) núm. 283/2012 de 26 de Abril (AS 2012/2537) lo explica en idénticos términos.

⁸³⁹ STS de 18 de Mayo de 1998 (1998/4654)

43. Requisito accidental del pacto de no competencia postcontractual: la duración máxima

El art. 21.2 ET diferencia la duración máxima del pacto de acuerdo a una sencilla clasificación que bifurca a los trabajadores en técnicos y no técnicos. Así, el precepto laboral establece que el término máximo de la abstención para la competencia postcontractual de los técnicos es de 2 años y para el resto de trabajadores de 6 meses.

Aunque el pacto y su extensión temporal puedan acordarse al inicio de la relación laboral o en el transcurso de ésta, la duración empieza a regir desde el momento en que finaliza la relación laboral. A pesar de que Sebastián Llorente afirma que es posible apreciar efectos retroactivos en la duración del pacto cuando este se ha acordado después de la finalización de la relación laboral y aunque matiza que esto puede generar que el antiguo trabajador incurriera en la competencia prohibida sin que a ese momento existiera un compromiso de abstenerse⁸⁴⁰, lo cierto es que parece dudosa esta posibilidad. Un sector mayoritario de la doctrina expone al respecto que la duración se cuenta a partir del momento en que se realiza el acuerdo de abstención postcontractual y no desde el momento en que el trabajador deja de prestar sus servicios a la empresa beneficiaria de la prohibición, ya que solo hasta que se acuerde un aspecto esencial como la cuantía de la compensación podrá presumirse la existencia del pacto de no competencia postcontractual⁸⁴¹.

La duración del pacto plantea principalmente dos aspectos controvertidos. El primero, en relación a la fijación excesiva del límite legal

⁸⁴⁰ SEBASTIAN LLORENTE, J.J.: “El pacto de no competencia postcontractual” Ob. Cit. Pág. 370.

⁸⁴¹ GARCÍA VIÑA, J.: “La buena fe en el contrato de trabajo...” Ob. Cit. Pág. 248. PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T.: “El pacto de no concurrencia postcontractual” Ob. cit. Pág. 63. Hace la salvedad de que la duración del pacto empieza a contarse desde la finalización de la relación laboral, con la excepción de que éste se haya celebrado con posterioridad, en cuyo caso la duración empieza a contarse desde ese momento.

previsto para técnicos y trabajadores; el segundo, relativo a la interpretación judicial del concepto de técnicos.

En primer término, cabe resaltar que la duración del pacto es un elemento accidental del negocio jurídico⁸⁴², que carece de “la nota de esencialidad”⁸⁴³. Debido a esto, la duración excesiva no deriva en la nulidad total del pacto, sino solo en la nulidad parcial referida a la extensión temporal. Se mantiene, por tanto, la validez de los demás aspectos del pacto, incluyendo la plena vigencia de la obligación de compensar económicamente al trabajador⁸⁴⁴ y de la cláusula penal⁸⁴⁵, con la salvedad de la posible disminución de la cuantía de la compensación económica, incluso de la cláusula penal.

De esta manera, la excesiva duración del pacto debido a la incorrecta calificación de la categoría del trabajador obliga a la adecuación temporal de la obligación conforme los plazos previstos en el art. 21.2 ET⁸⁴⁶, de modo que el trabajador que no es técnico con una obligación de dos años ve disminuida a 6 meses la duración de la abstención⁸⁴⁷.

⁸⁴² STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 3259/2011 de 11 de mayo (AS 2011/1777) la duración del pacto no es ilicitud de la causa ni de un elemento esencial del negocio jurídico.

⁸⁴³ STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) de 30 de Marzo de 1993 (AS 1993/1384)

⁸⁴⁴ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 23 de octubre de 1992 (AS 1992/5146). “la fijación de un plazo superior no puede conllevar la invalidez del pacto, beneficiando a la empresa y perjudicando al trabajador, haciéndole perder a éste, la compensación económica pactada”

⁸⁴⁵ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 8857/2009 de 3 diciembre AS 2010\811. Califica al gerente comercial como técnico, el pacto es válido. Y aunque no fuera valido en lo referente a la duración no deriva en la nulidad de la cláusula penal.

⁸⁴⁶ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 618/2009 de 6 de octubre (AS 2009/2898). STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 452/2011 de 15 de febrero (JUR 2011/160306) Pacto de no competencia postcontractual con duración de 7 años.

⁸⁴⁷ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 3270/2009 de 10 de Noviembre (AS 2010/403). “no podía extender su duración al período de dos años que se estipuló habida cuenta que la demandada prestó servicios para la demandante como representante de ventas y por tanto no era un Técnico, dicha extralimitación no conlleva la nulidad del indicado pacto de no competencia sino tan solo la nulidad de la extensión temporal pactada en el mismo por ser abusiva, teniendo que entenderse sustituida por la de seis meses que establece el art. 21. 2 párrafo 1 para el resto de trabajadores que no son técnicos”.

A su vez, la disminución de la extensión temporal inicialmente pactada genera como consecuencia directa la disminución del monto de la compensación económica, ya que la cuantía de esta se establece basándose en la duración de la obligación de abstención. Así, el monto de la compensación económica y la duración del pacto son conceptos interdependientes que influyen en la fijación de uno y otro⁸⁴⁸.

En concordancia con lo anterior, la STS (Sala de lo Social) de 10 de febrero de 2009 (RJ 2009/1445) argumenta que la restitución de la compensación económica por incumplimiento del trabajador equivalga a la cuarta parte de la suma total prevista como compensación, debido a que el pacto es cuatro veces mayor en la duración, lo cual incide proporcionalmente en la fijación de la compensación y en la consecuencia jurídica prevista ante el incumplimiento que establecía la devolución de la suma total percibida como compensación económica. Establece también que, para este supuesto de nulidad parcial, es aplicable preferentemente el art. 9.1 ET, que deja al arbitrio judicial lo concerniente al destino de la retribución económica, descartando la aplicación del art. 1303 CC.

Por otro lado, la identificación de un trabajador como técnico no se vislumbra tan polémica cuando la calificación de la categoría profesional se realiza conforme a lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable⁸⁴⁹, o cuando el trabajador está en posesión de un título que lo acredita como tal. Explica al respecto la STSJ (Sala de lo Social), núm. 986/2005, de 20 de Diciembre (JUR 2006/64665), que “un titulado superior es un técnico cualificado y no un simple

⁸⁴⁸ Así también, la STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) de 30 de Marzo de 1993 (AS 1993/1384) “la duración del acuerdo con la suma de la compensación son elementos desencadenantes de la obtención del consenso entre las partes, a mayor tiempo, mayor indemnización” “Así mismo reseña “Y habida cuenta que el pacto fue cumplido en el primer semestre de su vigencia -cuarta parte de su duración- no resulta inocuo el reducir la obligación reparatoria al período incumplido.

⁸⁴⁹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 618/2009 de 6 de octubre (AS 2009/2898). “La categoría antedicha de Jefe Superior se encuentra incluida, conforme al Convenio de aplicación -Estatut de Empreses Consultoras de Planificació, Organització de Empreses y Contable-, en el grupo profesional de Administratius y no en el de Tècnics, expresamente contemplado por el Convenio. En consecuencia, ostentando el demandado la citada categoría, sólo quedaba obligado a cumplir con el pacto durante seis meses”.

operario". Asimismo, la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social), núm. 8857/2009 de 3 diciembre (AS 2010\811), explica que "se consideran intelectuales a los ingenieros y licenciados, titulados y administrativos frente a los manuales con que se alude a los trabajadores obreros y subalternos".

En cambio, no parece tan fácil clasificar a los trabajadores como técnicos cuando no existe un título que lo acredite. La STS (Sala de lo Social) de 28 de Junio 1990 (RJ 1990/5537) establece la interpretación extensiva de la noción de técnico a la luz del art 21 ET, que se diferencia de la rigidez conceptual con que se entiende este mismo término en el art. 14 ET, que refiere expresamente a técnicos titulados. En consecuencia y en virtud del art. 21 ET, se incluye en la categoría de técnicos incluso a aquellos que no sean titulados, valorando sus conocimientos en una determinada área, en el caso en cuestión de la sentencia reseñada, en las técnicas del comercio internacional.

Cabe resaltar que el conocimiento de técnicas para la calificación de un trabajador como técnico no se circunscribe exclusivamente a las comerciales. El STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) de 30 de Marzo de 1993 (AS 1993/1384) destaca que "el hecho de que el trabajador esté en conocimiento de las «técnicas» empresariales viabiliza la duración del acuerdo hasta dos años de máximo, sean dichas técnicas atinentes a aspectos productivos, organizativos o comerciales, en referencia a lo que se conoce mercantilmente como «estrategia empresarial», cuya efectividad pueda verse amenazada al desvelar a terceros competidores los mecanismos de prosperidad de la actividad de la misma, en cuya consciencia se encuentran los vendedores o representantes cuyo conocimiento personal de la clientela implica un efectivo riesgo potencial para la marcha de la empresa que se constituye como un elemento esencial para la validez jurídica del pacto no competitivo".

Partidaria de esta interpretación amplia de técnico para los trabajadores en el área comercial, un sector de la doctrina judicial avala que el gerente comercial⁸⁵⁰, jefe de Ventas o director comercial pueda calificarse como técnico

⁸⁵⁰ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 8857/2009 de 3 diciembre (AS 2010\811)

y, por tanto, la extensión temporal de la obligación sea de 2 años⁸⁵¹. En contraposición, otro sector valora que no entran en la categoría de técnicos los jefe de ventas o comerciales⁸⁵². Así mismo, una peluquera no puede considerarse que pertenezca a la categoría de los técnicos; por tanto la duración máxima solo puede ser de 6 meses⁸⁵³. Este es igualmente el periodo del pacto para los trabajadores que no tengan la condición de técnicos⁸⁵⁴, o para los técnicos que pierdan esa⁸⁵⁵.

44. Requisitos esenciales de validez del pacto de no competencia postcontractual

La redacción del art. 21 ET no permite dudas sobre cuáles son los requisitos de validez del pacto de no competencia postcontractual, claramente

⁸⁵¹ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 4054/2013 de 7 de Junio (JUR 2013/261121) valora para calificar al trabajador como técnico, que ésta en “conocimiento por el mismo de las técnicas de organización de ventas de la empresa y sus contactos con los clientes en el mercado internacional”, STS (Sala de lo Social) de 28 de Junio 1990 (RJ 1990/5537), STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 3259/2011 de 11 de mayo (AS 2011/1777), STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 5220/2012 de 10 de Julio (JUR 2012/296773), STSJ de Cataluña (Sala lo social) núm. 8860/2007 de 13 de diciembre (AS 2008/751), STSJ de C. Valenciana, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 895/2002 de 12 febrero JUR 2002\268695: “el cargo de Director comercial también ha de entenderse incluido en la categoría de técnico en el sentido amplio que postula la jurisprudencia”

⁸⁵² STS (Sala de lo Social) de 7 de noviembre de 2005 (RJ 2006/1692) un vendedor viajante no es técnico, STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 63/2003 de 10 de Enero (AS 2003/570) un comercial no es técnico.

⁸⁵³ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 545/2005 de 24 de Enero (AS 2005/405) El pacto es ineficaz, debido a que no fijo compensación económica y excedió la duración máxima prevista por ley.

⁸⁵⁴ STSJ de Aragón (Sala de lo Social) núm. 573/2012 de 10 de octubre (AS 2013/991)

⁸⁵⁵ STSJ de La Rioja (Sala de lo Social) núm. 221/2012 de 24 de mayo (AS 2013/309) Estima la nulidad parcial por duración excesiva y ordena la devolución la cuarta parte de la compensación, ya que excedía en esa proporción la duración del pacto. Reseña la sentencia que: “atendiendo tanto a la normativa convencional señalada como a la actividad desempeñada por el trabajador dentro de la empresa, (en nuestro supuesto la correspondiente a la categoría profesional de viajante, y en el de la Sentencia que transcribimos, la de dependiente y posteriormente de viajante) es claro que el trabajador demandado no ostentaba en la empresa demandante la condición de técnico”. Así mismo, STSJ de La Rioja, (Sala de lo Social) núm. 429/2011 de 2 de Diciembre (AS 2011/2613) antiguo trabajador categoría profesional de viajante (grupo de cotización 5, según nóminas) y sus funciones con categoría de viajante, con funciones de la promoción y venta de productos de ferretería y aluminio (perfilerías, ventanas, etc.) no es técnico.

refiere a dos elementos esenciales sin los cuales el pacto estará condenado a la nulidad de pleno derecho.

No obstante, no puede predicarse la misma claridad sobre la definición de estos conceptos, denominados por el legislador, por un lado, como efectivo interés industrial o comercial y, por otro, como compensación económica adecuada. En particular, la adjetivación de “adecuada” compensación económica y de “efectivo” interés industrial o comercial conlleva a diferentes interpretaciones por la doctrina judicial. Antes de profundizar sobre estos requisitos, es menester agregar que para la validez del pacto también se requiere el cumplimiento de lo dispuesto en el marco general de la normativa civil, relativo al consentimiento, capacidad, forma, objeto y causa, aunque estos últimos dos requisitos están especificados en el precepto laboral⁸⁵⁶.

En una breve alusión a estos requisitos generales, hay que acotar que el pacto no dispone ninguna particularidad sobre el consentimiento y la capacidad, siendo aplicable la normativa consagrada para el contrato de trabajo consignada en los arts. 6 y 7 ET, incluyendo la representación legal de menores de edad o personas con capacidad limitada.

Las reglas generales del ordenamiento civil aplicable al consentimiento en lo referente a la contratación laboral y, en lo específico, en el pacto de no competencia postcontractual, referidas por el art. 1256 C.C., establece que el consentimiento no podrá estar viciado por error, violencia, intimidación o dolo.

El consentimiento para celebrar el pacto es de carácter individual y expreso. Requiere de la bilateralidad del consentimiento, sin que sea factible la imposición unilateral del empresario.

La capacidad para celebrar el pacto está fijada conforme al ordenamiento civil; en particular, es aplicable el art. 1261 C.C. Nogueira

⁸⁵⁶ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Limites a la competencia...” Ob. Cit. Pág. 27. Aunque estas apreciaciones las hace referidas al art. 74 LCT son extrapolables al art. 21.2 ET.

Guastavino objeta que, como premisa general pueda admitirse que el representante legal pueda celebrar el pacto en nombre de personas con capacidad limitada. Así, matiza que el pacto que se concierta al principio de la relación laboral admite que se estipule la obligación de no concurrencia postcontractual. Sin embargo, no comparte la legitimidad del pacto incorporado con posterioridad al inicio de la relación laboral, pues constituiría novación contractual que requeriría una autorización específica y posterior. Además, en menores de 16 años, ni siquiera la autorización por medio de representante podría dotar de validez el pacto de no competencia postcontractual, pues la nulidad viene determinada por la excepcionalidad material y temporal del trabajo permitido a esa edad⁸⁵⁷.

Hechas las puntualizaciones anteriores, procederé a referirme sin más demora a los requisitos de validez consagrados en el art. 21.2 ET, iniciando con la compensación económica adecuada.

44.1 Efectivo Interés industrial o comercial

Este concepto, de difícil determinación, data de las primeras codificaciones laborales que acogieron la obligación de no competencia postcontractual, tanto en LCT/1944 (art.74) como en la LCT/1931. Los términos normativos actuales manifiestan que solo será válido el pacto si el empresario tiene un efectivo interés industrial o comercial en ello.

Con este requisito se instituye el elemento central y primario sin el cual el pacto no podría existir, cuya ausencia hace prescindible el análisis de la adecuación de la compensación o de la duración del mismo. En lógica consecuencia, la ausencia de este requisito libera al trabajador del cumplimiento y al empresario del abono de la compensación económica, por lo

⁸⁵⁷ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *“El pacto laboral de no competencia...”* Ob. Cit. Pág. 201. Aduce que el respeto a la formación profesional del menor de 16 años es también un obstáculo para la validez del pacto de no competencia postcontractual.

cual el trabajador no podrá exigir el pago de esta indemnización, ya que no tendría apoyo ni justificación jurídica⁸⁵⁸.

El efectivo interés industrial y comercial es el “requisito imprescindible para la existencia y vigencia del pacto”⁸⁵⁹, el nexo causal⁸⁶⁰, la razón de ser del pacto⁸⁶¹ o la causa lícita conforme a lo estipulado en el art. 1275 CC⁸⁶². El legislador reconoce que el empresario es el principal y, quizás, único beneficiario en la preservación de un conjunto de saberes industriales y comerciales con un valor patrimonial⁸⁶³, presente en su unidad empresarial, por lo que le faculta que cuando advierta la necesidad de protegerlos se sirva del pacto de no competencia postcontractual.

El interés que debe concurrir para que no haya nulidad del pacto puede ser de carácter industrial o de carácter comercial, o los dos inclusive, ya que el legislador emplea una conjunción disyuntiva que permite la alternancia y equivalencia para consagrar los dos tipos o clases de intereses que el empleador puede invocar para celebrar el pacto.

En un sentido amplio, las dos clases de intereses referidos por la norma laboral pueden denominarse interés empresarial o intereses competitivos empresariales. El interés industrial comprende la fabricación de cualquier producto; por su parte, el interés comercial abarca todas las actividades

⁸⁵⁸ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 618/2009 de 6 de octubre (AS 2009/2898)

⁸⁵⁹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 733/2007 de 12 de septiembre (JUR 2007/330486)

⁸⁶⁰ STSJ Cataluña (Sala de lo Social) núm. 1566/2010 de 24 de febrero (JUR 2010/167168)

⁸⁶¹ STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social) núm. 136/2012 de 1 de Marzo (JUR 2012/93834)

⁸⁶² MORENO DEL TORO, C.: “El pacto de abstención postcontractual...” Ob. Cit. Pág. 899.

⁸⁶³ NEVADO FERNANDEZ, M.J.: “*Las restricciones a la competencia...*” Ob. Cit. Pág. 160. El conjunto de saberes industriales refiere a los procedimientos de fabricación, dibujos, modelos, patentes que posee el trabajador, y el conjunto de saberes de carácter comercial alude a la lista de proveedores o clientes. Resalta la autora la valía de estos aunque matiza que están excluidos de un valor intrínseco que permita el tráfico jurídico.

requeridas para que los productos pasen a formar parte del tráfico del mercado⁸⁶⁴.

Es precisamente este interés empresarial el que entra en pugna con el interés del trabajador representado en su libertad al trabajo. Sin embargo, una de las facetas de este requisito es la de erigirse como un mecanismo protector del trabajador, ya que impide el uso indiscriminado y masificado del pacto, que es de naturaleza excepcional. Es un filtro legal que faculta el empleo del pacto solo a aquellas situaciones potenciales de peligro para la empresa.

Quien debe acreditar el interés industrial o comercial es el empresario, no el trabajador. Se puede inferir la existencia del interés industrial o empresarial cuando las partes se han comprometido expresamente a través de sus firmas al cumplimiento de su respectivo compromiso relativo al pago de la compensación y de abstención de competencia, respectivamente, puesto que las partes involucradas admiten su existencia a través de la suscripción del pacto⁸⁶⁵.

El interés industrial o empresarial se erige como una justificación “técnica”⁸⁶⁶ de la existencia del pacto y de la consecuente limitación a la libertad al trabajo que experimenta el trabajador. El interés del empresario de evitar el perjuicio que pudiera ocasionar el acceso de los competidores a la información relevante para el funcionamiento de la empresa, que pudieran obtener por vía del trabajador que por la naturaleza de sus funciones o por la

⁸⁶⁴ CHARRO BAENA, P.: “El pacto de no competencia postcontractual” Ob. Cit. Pág.155. Ejemplifica la autora el interés industrial con un proyecto de ingeniera a un automóvil, y el interés comercial con la venta, distribución o representación de los productos.

⁸⁶⁵ STSJ de Galicia (Sala de lo Social) núm. 705/2008 de 7 de Abril (JUR 2008/162155) expresa que se puede deducir la existencia del efectivo interés industrial o comercial “en primer lugar, porque, en el propio pacto de no competencia postcontractual expresamente pactado y firmado por la empresa y el trabajador, se afirma la existencia de interés empresarial, y las partes contractuales reconocen su existencia, sin que -y menos tratándose del empresario cuyo poder contractual es superior al del trabajador individual- se aprecie atisbo alguno de concurrencia de error, dolo, violencia o intimidación”

⁸⁶⁶ SEBASTIAN LLORENTE, J.J.: “el pacto de no competencia postcontractual” Ob. Cit. Pág. 367. Explica que este interés es una justificación desde una perspectiva técnica por el perjuicio que puede ocasionar el trabajador con una posición relevante.

posición relevante que ostentaba dentro de la empresa estaba en contacto con la información de gestión, proveedores, clientela, o mano de obra.

La premisa consagrada en el art. 21.2 ET como requisito de validez del pacto está integrada por dos elementos: la existencia de un interés empresarial objeto de protección y la efectividad del interés. El primero de estos, viene demarcado por la actividad desarrollada por el empresario y el bien empresarial que se pretende proteger: la clientela, los proveedores, la estabilidad de la mano de obra, la información (informaciones tecnológicas y no tecnológicas) y la formación del trabajador a cargo de la empresa, que le permita adquirir los conocimientos para llevar a cabo un trabajo específico⁸⁶⁷.

En consecuencia, los órganos judiciales valoran la coincidencia de actividades entre las empresas como demostración de que hay un efectivo interés industrial o comercial⁸⁶⁸. La STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 287/2013, de 15 de enero (JUR 2013/101121), señala al respecto que “el interés comercial por parte del empresario existe asimismo de forma indudable, pues ambas empresas se dedican sustancialmente misma actividad”. Por oposición, se estima la ausencia de interés industrial o comercial cuando las dos empleadoras, la anterior y la actual, se dedican a actividades distintas⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El pacto laboral de no competencia...” Ob. Cit. Pág. 87. Explica que los intereses establecidos como requisitos de validez del pacto son intereses competitivos por excelencia, conformados por intereses relacionales relativos a la clientela, proveedores y estabilidad de la mano de obra, por su parte los intereses informativos relativos a informaciones tecnológicas y no tecnológicas en las que se incluye la lista de clientes. Esta distinción entre los intereses repercute en un diferente alcance de la prohibición. MARZAL MARTINEZ, O. F.: “*Concurrencia, competencia...*” ob. Cit. Pág. 193. Coincide que son esencialmente tres los intereses que intenta proteger la empresa para que sea competitiva en el mercado: clientes, proveedores, estabilidad de mano de obra. Sumado a esos elementos, el empresario también busca proteger los intereses informativos del trabajador que aportan ventajas competitivas por ser desconocidos por la competencia, y la formación del trabajador con la exigencia jurisprudencial de que los conocimientos proveídos al trabajador sean novedosos respecto a la formación que ya había adquirido previamente el trabajador y necesarios para desempeñar objetivamente el trabajo.

⁸⁶⁸ STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2008 (AS 2008/3211). También, PEDRAJAS MORENO, A.: “La prohibición de concurrencia postcontractual...” Ob. Cit. Pág. 195. Explica que el efectivo interés comercial o industrial es fácilmente demostrable con una mínima coincidencia de lugar y actividad común.

⁸⁶⁹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) 21 de Marzo de 2002 (AS 2002/1509)

El segundo elemento conecta las funciones del trabajador y el interés empresarial; es decir, que las tareas del trabajador estén relacionadas con aquello que se busca salvaguardar, o en otras palabras, que sus funciones estén en contacto con la clientela, o con los proveedores, por lo que la marcha del trabajador de la empresa para integrarse a una empresa competidora representa un riesgo objetivo para el empresario por la información que este manejaba⁸⁷⁰.

Al respecto, la STSJ de Galicia (Sala de lo Social), núm. 705/2008, de 7 de Abril (JUR 2008/162155), explica que “existe un efectivo interés empresarial, de carácter industrial y/o de carácter comercial, esto es, un interés susceptible de protección jurídica en la medida en que, por las funciones desarrolladas por el trabajador en la empresa, ha mantenido un estrecho contacto con los intereses competitivos del empresario”.

Por ende, la naturaleza de las funciones que carecen de cualificación o no acreditan que el trabajador estuviese en contacto con información relevante para la empresa no evidencia un interés empresarial a proteger. De este modo, el trabajador que, en el desempeño de sus funciones, conectó con los intereses comerciales o industriales puede representar un riesgo objetivo para el empresario⁸⁷¹. Esta situación se refleja en el pacto de no competencia suscrito con una peluquera, ya que no se demuestra que tenía conocimiento de especiales y exclusivas técnicas en su área, ni que tuviera una posición relevante dentro de la empresa que le posibilitara desviar clientela hacia su

⁸⁷⁰ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “*El pacto laboral de no competencia...*”. Ob. Cit. Pág. 85. GARCÍA VIÑA, J.: “*La buena fe en el contrato de trabajo...*” Ob. Cit. Pág. 223. GARCÍA VIÑA, J.: “El pacto de no concurrencia y permanencia en la empresa. Análisis de las sentencias de los tribunales superiores de justicia de los años 1998 y 1999” *Tribuna social*. Núm. 111, 2000, Pág. 46. Explican los autores que hay dos requisitos integrados en el precepto “efectivo interés industrial o comercial” El primero alude al interés empresarial en relación a cual es objeto de protección empresarial: la clientela, los proveedores por la importancia al dotar de suministros a la empresa, la estabilidad de la mano de obra por la formación que puede conllevar. El segundo elemento referido al efectivo interés implica el contacto efectivo entre las funciones del trabajador y los elementos empresariales que el empresario quiere proteger.

⁸⁷¹ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “*El pacto laboral de no competencia...*” Ob. Cit. Pág. 102. Explica que los trabajadores que no están en contacto con los intereses empresariales no representan un riesgo relevante para el empresario.

nueva empleadora o poner en riesgo a la empresa anterior⁸⁷². Al contrario, se percibe claramente el interés empresarial en aquellos trabajadores que desempeñan funciones de alto directivo⁸⁷³, gerente comercial⁸⁷⁴ o jefe de productos⁸⁷⁵.

El grado o medida de riesgo objetivo que representa el trabajador puede percibirse en función del objeto establecido en el contrato de trabajo, o también observando la tarea realmente realizada por el trabajador cuando ésta no coincida con lo consignado en el contrato de trabajo.

De esta manera, el análisis de la existencia del interés industrial o comercial no puede aislarse de los dos aspectos determinantes reseñados, la actividad del empresario, en alusión al interés que pretende proteger, y las tareas, funciones o posición del trabajador en la unidad empresarial en relación a la efectividad del interés. Las tareas o funciones van a fijar el grado de lesividad que representa el trabajador. Tiene que haber, por tanto, una unión o coincidencia entre estas dos piezas para poder percibir que el empresario se haya expuesto a un riesgo que legitime el amparado a través del pacto, ya que aunque pueda predicarse que todas las empresas tengan un interés empresarial que proteger, no todos los trabajadores desempeñan funciones relevantes o significativas que permitan ser limitados en su libertad al trabajo por el pacto.

Gran parte de la existencia o ausencia de interés industrial viene determinado por las funciones laborales del trabajador, ya que se trata de impedir que “aporte su conocimiento y experiencia en el oficio en la empresa

⁸⁷² STSJ de Cataluña núm. 524/2005 de 24 de Enero (AS 2005/405)

⁸⁷³ STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) núm. 2596/2008 de 3 de Noviembre (JUR 2009/202821) Alto directivo que incurre en concurrencia por trabajar para empresa con el mismo objeto social.

⁸⁷⁴ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 8857/2009 de 3 diciembre (AS 2010\811)

⁸⁷⁵ STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) de 23 de Enero (AS 2004/1827) además de la entidad de las funciones realizadas por el trabajador, las actividades de las empresas concurren.

para la que ahora trabaja y en su beneficio”⁸⁷⁶. En consecuencia no se estima que haya interés industrial cuando “funciones laborales no constan de forma concreta y detallada”⁸⁷⁷. Un aspecto significativo para identificar la existencia del interés industrial es el conocimiento y la experiencia del trabajador, pero no la adquirida con anterioridad a la relación laboral que sirve de referencia para la suscripción del pacto, sino aquella obtenida en la empresa. La STSJ Madrid (Sala de lo Social), núm. 61/2012, de 30 de enero (AS 2012/253) hace constar que el interés consiste en que, “tras el cese en la empresa, el trabajador se haya involucrado en otra actividad empresarial que resulte claramente competitiva con la desempeñada por la misma por pertenecer al mismo ámbito de actuación dentro del mercado, valiéndose para ello de los conocimientos adquiridos en la primera, lo que constituye una ventaja competitiva para la nueva empresa”.

De este modo, se infiere la existencia del efectivo interés industrial o comercial si el trabajador se emplea en una empresa que desarrolla la misma actividad de la antigua empleadora, puesto que incide en igual área del mercado y sobre la misma clientela⁸⁷⁸. Se identifica por tanto la concurrencia de actividades con la existencia de interés industrial o comercial”⁸⁷⁹. Se estima también que hay un efectivo interés industrial o comercial cuando “la información del trabajador tiene un valor comercial⁸⁸⁰, el perfil profesional y la relevancia de las funciones que le permitan estar en contacto con información sensible o confidencial de la empresa que podría afectar al empleador si llegara a ser de conocimiento de una empresa competidora⁸⁸¹; entonces, se aprecia

⁸⁷⁶ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 618/2009 de 6 de octubre (AS 2009/2898)

⁸⁷⁷ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 618/2009 de 6 de octubre (AS 2009/2898)

⁸⁷⁸ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 9127/2001 de 22 de Noviembre (AS 2002/242)

⁸⁷⁹ STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 2240/2009 de 9 de Junio (JUR 2009/365262) Afirma que “por consiguiente, el efectivo interés industrial o comercial del empresario que exige el artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores no concurre en el caso de la empresa recurrente respecto a la actividad desempeñada por el trabajador en la segunda entidad”

⁸⁸⁰ STSJ Cataluña (Sala de lo Social) núm. 1566/2010 de 24 de febrero (JUR 2010/167168)

⁸⁸¹ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 8857/2009 de 3 de Diciembre (AS 2010/811) “El actor ostenta la categoría profesional no controvertida de gerente comercial (hecho probado primero), por lo que es claro que en su tarea ha venido manejando información comercial

que hay interés industrial o comercial cuando el trabajador es un director que lidera aun grupo de comerciales, y está en contacto constante con clientes⁸⁸².

La STS (Sala de lo Social) de 28 de Junio 1990 (RJ 1990/5537) explica que es perceptible este interés cuando el trabajador está en conocimiento “de las técnicas de organización de ventas de la empresa y sus contactos con los clientes en el mercado internacional”. También se puede deducir la existencia del interés “si se deriva o derivase un perjuicio económico por la realización de la actividad que se pretende prohibir”⁸⁸³; o cuando el trabajador haya recibido una formación especial, ya sea a nivel técnico o comercial⁸⁸⁴ o sobre productos o procesos de fabricación⁸⁸⁵

Explica la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), núm. 718/2008, de 12 de Noviembre (AS 2008/3044), que “el requisito del interés que inicialmente existe de forma abstracta se defiende en su concreción al momento en el que la situación prevenida pueda presentarse y, así, si realmente se produce una competencia que dañe el interés industrial o comercial, el pacto desplegará su eficacia, pero no lo hará si, como en el presente caso, no se ha demostrado la concurrencia de dicho interés que, podría haberse materializado de haberse demostrado que el actor podía hacerse con los clientes de la empresa desde

sensible para la empresa demandante (cartera actual de clientes, ofertas, distribuidores, líneas estratégicas de captación de futuros clientes, etc.)” STSJ de Galicia (Sala de lo Social) núm. 705/2008 de 7 de Abril (JUR 2008/162155) “existe un efectivo interés empresarial, de carácter industrial y/o de carácter comercial, esto es, un interés susceptible de protección jurídica en la medida en que, por las funciones desarrolladas por el trabajador en la empresa, ha mantenido un estrecho contacto con los intereses competitivos del empresario, de modo que su salida de la empresa e incorporación a otra de la competencia, los hace peligrar de modo real”

⁸⁸² STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 1800/2012, de 7 de Marzo (AS 2012/1354)

⁸⁸³ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 1800/2012, de 7 de Marzo (AS 2012/1354)

⁸⁸⁴ STSJ de Murcia (Sala de lo Social) núm. 256/2010 de 12 de Abril (JUR 2010/194176) “empresa y trabajador suscribieron un pacto de no competencia y permanencia en la empresa, en el que, después de reconocer el trabajador haber recibido formación continuada a nivel técnico y comercial que le posibilita el desempeño de su función como representante”

⁸⁸⁵ STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 1771/2012 de 19 de Junio (JUR 2012/310119) “En la relación contractual con la actora el trabajador recibió formación para el desarrollo de su actividad profesional de técnico comercial, recibiendo información sobre los productos y el proceso de fabricación, para poder después explicar a los clientes las características de los productos, así como técnicas comerciales e información sobre los clientes, incluyendo el mercado internacional oriental”.

su nuevo puesto o cualquier situación similar, pero no se ha acreditado extremo alguno que demuestre que la recurrente y la empresa de la que procedía y a la que ha vuelto el actor, compitan en el mercado, geográfica y objetivamente”⁸⁸⁶.

La existencia del interés industrial o empresarial también se determina en función del ámbito espacial, a pesar de que la norma laboral no aluda expresamente a un límite espacial. En principio, el ámbito espacial se circunscribe al área geográfica en la que el empresario desarrolla sus actividades. No obstante, la doctrina científica interpreta que la adecuada y precisa extensión geográfica del pacto debe establecer tomando como referencia el ámbito de actuación del trabajador y no el del empresario, ya que la empresa puede ofrecer sus bienes o servicios a nivel nacional o internacional, sin que el trabajador en el ejercicio de sus funciones haya estado vinculado a esas zonas geográficas, por lo que, en principio, no podría lesionar aspectos protegidos por el pacto, como la clientela. En todo caso y para determinar una correcta proporcionalidad y adecuación en el ámbito de la prohibición, es pertinente estudiar conjuntamente los límites temporal y geográfico⁸⁸⁷.

No es determinante para reconocer la existencia del interés la cantidad de trabajadores que han sido vinculados al pacto, dado que lo importante es que exista en cada pacto en particular y que, en cada uno, se perciba el interés de la empresa en que ese trabajador no le compita una vez finalizada la

⁸⁸⁶ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 236/2002 de 21 de Marzo (AS 2002/1509) “no hubo competencia alguna entre la empresa demandante, e Ifco, y que por lo tanto faltando ese «efectivo interés industrial o comercial», para la producción de los naturales efectos, del pacto de no concurrencia, no puede haber incumplimiento del mismo”

⁸⁸⁷ NEVADO FERNANDEZ, M.J.: “*Las restricciones a la competencia...*” Ob. Cit. Pág.167. Explica que no es correcto el estudio independiente del límite geográfico y temporal, a modo de ejemplo indica que es menos dañina una prohibición que limite la actividad en todo el territorio nacional por 1 año, que aquella que establece la prohibición en una comunidad autónoma pero por dos años de duración. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “*El pacto laboral de no competencia...*” Ob. Cit. Pág. 201. Coincide en afirmar que el ámbito espacial debe determinarse tomando como referencia el área de actuación del trabajador, ya que si se establece en función del área de actuación del empresario puede derivar en un pacto abusivo por la considerable extensión espacial. Resalta además que aquellas cláusulas que pretenden proteger los intereses del empresario sin que necesiten establecerse en función de un ámbito espacial obedecen a otros fines, como las relativas a la confidencialidad.

relación laboral⁸⁸⁸. Así, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), núm. 618/2009 de 6 de octubre (AS 2009/2898), señala que, si la empresa suscribe pactos similares redactados en forma genérica para todos los trabajadores, con independencia de la experiencia, formación, o funciones de sus empleados, en el caso de que el trabajador no maneje información confidencial o clientela, se infiere que el trabajador no realizaba labores relativas a conocimientos relevantes que pudiera ponerse a disposición de la empresa competidora que incida en el mismo círculo de clientes.

Son indicios que permiten inferir la existencia de interés industrial o comercial que durante la relación laboral se hayan concertado otros pactos dirigidos a preservar la confidencialidad y la exclusividad de la prestación de servicios del trabajador, ya que evidencia el interés de que no se transfiera información de la empleadora a otras empresas⁸⁸⁹.

Considera la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 342/2003, de 21 de enero (JUR 2003/55058), que la corta duración de la relación laboral impide la alegación de un interés industrial o comercial, aunque el Tribunal Supremo ya ha expresado que la finalización de la relación laboral en el periodo de prueba no implica la ineficacia del pacto. No se percibe la existencia de un efectivo interés industrial o comercial sobre la protección de la información comercial publicada en internet que manejaba el trabajador, ya que no tienen valor industrial o comercial reservado, por ser información de libre acceso a cualquiera⁸⁹⁰.

⁸⁸⁸ STSJ Madrid (Sala de lo Social) núm. 61/2012 de 30 de enero (AS 2012/253) “sin que, por último, sea determinante el número de trabajadores afectados por la cláusula, ya que lo realmente relevante es que exista, en relación al trabajador demandado, causa justificativa del interés por parte de la empresa de que dicho trabajador no competirá con ella para después de extinguido el contrato”.

⁸⁸⁹ STSJ de Galicia (Sala de lo Social) núm. 705/2008 de 7 de Abril (JUR 2008/162155) sin que posteriormente la empresa intente argumentar que no hay interés porque finalmente el trabajador no desempeña funciones de forma directa ni en la específica tarea para la cual fue contratado dado que no obtuvieron la obtención de la subvención pública.

⁸⁹⁰ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 718/2008 de 12 de Noviembre (AS 2008/3044)

Una vez suscrito el pacto, la empresa puede perder el interés comercial o industrial, por lo que podrá acudir a los órganos judiciales para demostrarlo y solicitar su extinción. No es factible, por tanto, alegar que el interés desapareció cuando es inminente la aplicación del pacto⁸⁹¹ o cuando ya ha entrado en vigencia el pacto y el trabajador lo ha cumplido por cuatro meses, ya que el momento oportuno para esgrimir la pérdida del interés empresarial es con anterioridad a la extinción del contrato de trabajo⁸⁹².

En suma, no hay posibilidad de desistimiento unilateral, ni son válidas las cláusulas de renuncia unilateral⁸⁹³ ya que, desde el mismo momento en que se concierta, el pacto empieza a desplegar efectos, por lo que no puede permitirse que la aplicación de la cláusula dependa de la voluntad de una sola de las partes⁸⁹⁴. La nulidad de la cláusula de renuncia unilateral solo afecta a esa parte del pacto, manteniéndose vigente todos los demás aspectos, es decir, la obligación de no competir y la obligación de remunerar la compensación económica.

El TS ha unificado doctrina sobre el desistimiento unilateral del trabajador, señalando que si concertaron el pacto, el empresario no puede luego alegar la ausencia de interés para declarar unilateralmente que no desea hacer efectivo el pacto. Deberá entonces acudir a los órganos judiciales para demostrar la ausencia de interés y la ineficacia del pacto. Cabe resaltar, que

⁸⁹¹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 21 de Marzo de 2007 (JUR 2007/231049) No es posible que la empresa renuncie a la aplicación del pacto cuando ha finalizado la relación laboral argumentando que ha perdido el interés empresarial porque el trabajador desempeño otras funciones diferentes a las que realizaba cuando se celebró el pacto.

⁸⁹² STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 259/2002 de 2 de Abril de 2002 (AS 2002/1754)

⁸⁹³ STS de 2 de Julio de 2003 (RJ 2004/18), STS de 21 de Enero de 2004 (RJ 2004/1727), STS de 15 de Enero de 2009 (RJ 2009/653) “En base a éste, ya consolidado criterio jurisprudencial y resaltando, una vez más que la cláusula contractual de renuncia unilateral a un pacto de no competencia postcontractual contraviene la disciplina jurídica de los negocios bilaterales, generadores de derechos y obligaciones para ambas partes que los conciertan”

⁸⁹⁴ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 351/2008 de 21 de Mayo (AS 2009/457) Reseña la sentencia que “Si el interés industrial permanece, conforme a lo pactado, no puede la empresa de forma unilateral desligarse de lo convenido en el momento en el que viene obligado a su cumplimiento, máxime cuando desde el mismo momento de la suscripción del pacto éste desplegó sus efectos para el trabajador, apartándolo del mercado de trabajo”

previo a este pronunciamiento, los tribunales judiciales avalaban que el empresario con posterioridad a la celebración del pacto manifestara si tenía interés o no, evadiendo el pago de la compensación y eximiendo del cumplimiento al trabajador⁸⁹⁵

44.2. Compensación económica adecuada

La cualificación legal de la compensación económica como adecuada alude a un concepto indeterminado, que no propone ningún parámetro de valoración ni formula un sistema de cuantificación para determinar la idoneidad o suficiencia de la compensación económica⁸⁹⁶. Es, por tanto, un concepto jurídico en continua construcción que admite diferentes criterios de estimación, correspondiendo al juez laboral discernir en cada caso la adecuación de la compensación pactada por las partes, ponderando los intereses en juego.

Satisfacer al trabajador con una compensación económica adecuada, como expresamente lo dispone el art. 21.2 ET, implica el abono de un cantidad dineraria apropiada en consideración a la limitación que sufre de su libertad de trabajar amparada en el art. 35 CE⁸⁹⁷. De esta manera, el legislador reconoce

⁸⁹⁵ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 618/2009 de 6 de octubre (AS 2009/2898) “la empresa ha manifestado que carece de interés en la vigencia de esa cláusula y que exime o libera al trabajador de la obligación de no concurrencia. Consecuentemente, la percepción de la cantidad que se reclama carece de apoyo jurídico” STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 7625/2010, de 23 de Noviembre (JUR 2011/90116) Plantea también la licitud de la liberación por el empresario del pacto “Así, la comunicación de la empresa una vez conoció la voluntad de la trabajadora, constituye una liberación al trabajador en cuanto al indicado pacto, de forma que el trabajador podía, a resultas de dicha comunicación, pasar a competir con la empresa, sin que ésta, lógicamente y desde ese momento, tuviera por qué abonar la correspondiente prestación”

⁸⁹⁶ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 201/2010 de 22 de marzo (JUR 2010/206616) “la indeterminada expresión legal del art. 21.2. del ET -que no ofrece un módulo, parámetro o criterio rector al respecto- al disponer que el trabajador debe de recibir del empresario una indemnización económica “adecuada”, vocablo que no contribuye a resolver per se la idoneidad o precariedad de la aludida compensación”

⁸⁹⁷ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 77/2003 de 9 de Enero (AS 2003/3195). “La validez de la cláusula de no concurrencia se halla inexcusablemente condicionada, dada la evidente limitación que supone para el derecho al trabajo (art. 35 CE) a la contrapartida para el trabajador de recibir una compensación económica adecuada, y no lo son las 120.000 pesetas reclamadas y abonadas fraccionadamente a razón de 5.000 pesetas en cada nómina, por

el sacrificio del trabajador que depone sus expectativas laborales y sus intereses profesionales, así como “la privación de oportunidades de trabajo que tal obligación conlleva”⁸⁹⁸ condicionando la existencia del pacto a que reciba un ingreso suficiente⁸⁹⁹.

Nogueira Guastavino expone que el requisito de validez del pacto alude a la fijación de una compensación económica, mas no al abono de la misma, que constituye un incumplimiento contractual que puede ser exigido por vía judicial, pero que no genera la nulidad⁹⁰⁰.

Desde el momento mismo en que se concierta el pacto se genera en el trabajador la confianza de una estabilidad económica por la remuneración acordada, que conlleva a que no emprenda la búsqueda de nuevas oportunidades laborales⁹⁰¹, apartándose pues del mercado laboral⁹⁰². El objetivo de la compensación económica adecuada es, por tanto, “asegurarle una estabilidad económica una vez extinguido el contrato”⁹⁰³. En otras palabras, garantizar al trabajador un ingreso suficiente y proporcional que le permita “suplir la carencia de las rentas salariales”⁹⁰⁴ o “compensar la ocasión de ganancia de la que se priva al trabajador”⁹⁰⁵, por la inactividad laboral a la que se ve abocado⁹⁰⁶.

mucho que aparezca constatado el interés comercial o industrial del empresario, y aunque se haya incumplido la referida cláusula”

⁸⁹⁸ STS de 10 de Julio de 1991 (RJ 1991/5880)

⁸⁹⁹ STS de 6 de Noviembre de 1990 (RJ 1990/8524), explica que la validez del litigioso pacto de no competencia y su eficacia se halla condicionada a una compensación económica adecuada.

⁹⁰⁰ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “La problemática jurídica de la compensación económica del pacto laboral de no competencia postcontractual” *Revista del Centro de Estudios Financieros*, 1997, núm. 175, Pág. 9. Explica que el requisito es el establecimiento de la cuantía indemnizatoria, mas no su efectiva satisfacción.

⁹⁰¹ STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social) núm. 136/2012 de 1 de Marzo (JUR 2012/93834)

⁹⁰² STS de 29 de Octubre de 1990 (RJ 1990/7722). Explica la jurisprudencia que el pacto genera un efecto secundario de apartamiento del mercado laboral.

⁹⁰³ STS de 24 de septiembre de 1990 (RJ 1990/ 7042)

⁹⁰⁴ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 201/2010 de 22 de marzo (JUR 2010/206616)

⁹⁰⁵ STSJ Castilla y León núm. 283/2012 de 26 de Abril (AS 2012/2537)

Debido a su finalidad resarcitoria, la compensación económica ha sido definida por la jurisprudencia como un salario de inactividad⁹⁰⁷; y también como una indemnización⁹⁰⁸. Por mandato del legislador, es un requisito de validez y licitud del pacto de no competencia postcontractual, cuya ausencia ocasiona la nulidad *ab origine*⁹⁰⁹ sin el cual no hay causa para la existencia de la obligación de abstención, lo que determina la ineficacia del pacto⁹¹⁰.

La forma en que se realice el abono determinara la naturaleza de la compensación económica. Se infiere la naturaleza indemnizatoria y, por ende, su compatibilidad con la prestación de desempleo si se realiza el abono de una suma a tanto alzada en un solo pago una vez finalizada la relación laboral. En cambio, se otorga naturaleza salarial a la compensación abonada mensualmente⁹¹¹.

⁹⁰⁶ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 3079/2005 de 4 de octubre (AS 2006/836) Afirma “no existió una compensación económica adecuada y real que permitiese al trabajador disponer de ingresos que le evitaran la necesidad de encontrar nuevo empleo, pues para ello, hubiera sido necesario que le empresa hubiera ofrecido en compensación por esa no competencia o concurrencia ulterior al contrato, una cantidad indemnizatoria que hiciera exigible al trabajador evitar toda concurrencia competitiva, lo que solo puede integrarse con una compensación económica suficiente y proporcional a la inactividad a la que forzosamente se ve abocado el trabajador que deja o pierde un trabajo, mientras busca otro no concurrente”

⁹⁰⁷ STSJ de C. valenciana (Sala de lo Social) núm. 1169/2013 de 8 de mayo (JUR 2013/260778), STS (Sala de lo Social) de 10 de febrero 2009 (RJ 2009/1445) “se ha venido en llamar «salario de inactividad», pues el trabajador sacrifica sus posibilidades laborales futuras”

⁹⁰⁸ Son partidarias de concebir la compensación económica como una indemnización, no como un salario de inactividad, las STS de 2 de Enero de 1991 (RJ 1991/46), STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 8092/2006 de 20 de noviembre (AS 2007/1118) “la compensación adecuada ha de subvenir efectivamente a compensar los perjuicios que la imposibilidad pactada de trabajar”, SEBASTIAN LLORENTE, J.J.: “El pacto de no competencia postcontractual” Ob. Cit. Pág. 368. Aduce que la finalidad de la compensación económica es indemnizar y disuadir, sin carácter salariales.

⁹⁰⁹ STS de 10 de Julio de 1991 (RJ 1991/5880)

⁹¹⁰ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 5994/2002 de 31 de octubre (JUR 2003/207110).

⁹¹¹ MARTIN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J.: “Tratado practico del derecho del trabajo” vol II. 2da Ed. Ed. Thomson Aranzadi. Navarra. 2012. PÁG. 116. Explica la diferente naturaleza de la indemnización con base en la resolución de la dirección general de ordenación de la seguridad social de 14-9-1998.

Por consiguiente si se omite la compensación económica no puede subsanarse por el órgano jurisdiccional mediante pronunciamiento constitutivo⁹¹², ya que, después de la entrada en vigencia del ET/1980, no es posible la fijación de la compensación por vía judicial, aunque si la moderación de la misma. La STSJ de Madrid (Sala de lo Social), núm. 986/2005, de 20 de diciembre (JUR 2006/64665), postula que la adecuación de la compensación económica “es un concepto jurídico cuya valoración económica corresponde al juez “a quo” sin que, salvo supuestos desorbitados o manifiestamente desproporcionados, a la sala le sea dada enjuiciar ni alterar la valoración del juzgador”.

Es oportuno añadir que la nulidad por la falta de este requisito solo la puede invocar la parte perjudicada, es decir, el trabajador, pues, si se admitiera para el empresario, se estaría beneficiando a la parte que provocó la carencia, pues es quien redacta los términos del acuerdo⁹¹³.

La STS (Sala de lo Social) de 2 enero 1991 (RJ 1991/46) señala la doble finalidad de la compensación económica: “Ante todo se pretende resarcir a la empresa, en alguna medida, de los daños y perjuicios que le pueda irrogar la competencia o concurrencia del trabajador cesado, y por ende cuanto mayor sea la duración del plazo de vigencia de la obligación, mayor puede ser el perjuicio causado por el incumplimiento de la misma, de ahí que sea indiscutible la conexión e interrelación existente entre el importe de aquella y la duración de la obligación referida; por otro lado, dicha indemnización tiene, con respecto al trabajador cesado, una finalidad disuasoria, al objeto de impeler a éste para que se abstenga de llevar a cabo actos que incurran en concurrencia o competencia con la empresa a la que había pertenecido hasta el cese, y por

⁹¹² STSJ Castilla y León. núm. 283/2012 de 26 de Abril (AS 2012/2537) “la omitida compensación económica no puede ser subsanada por el órgano jurisdiccional mediante pronunciamiento constitutivo que produce la integración del pacto con la propia actividad judicial”.

⁹¹³ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 5994/2002 de 31 de octubre (JUR 2003/207110) “de otra forma se favorecería a la parte que ha ocasionado la oscuridad (art.1288 del Código Civil), parte, que desde luego ha sido la empresa actora, que la que redacta la cláusula y el anexo”.

tanto, también es claro que esta finalidad impone la consecuencia de que la mayor duración de la obligación de no concurrir exige un mayor importe de la compensación pactada y viceversa".

Así mismo, razona esta misma resolución que "tal importe está claramente vinculado o relacionado con la duración de este plazo, hasta el punto de tener que estimar que el montante de aquél se determina en función de esta duración".

También se evidencia la relación entre duración y la compensación en la STS (Sala de lo Social), de 10 de febrero 2009 (RJ 2009/1445), ya que, reducida la duración del pacto por ser excesiva, se reduce también en la misma proporción el importe de la compensación, y por tanto, de la restitución por incumplimiento⁹¹⁴.

En suma, existe una influencia directa de la duración del pacto sobre la cuantía de la compensación, que se evidencia en que si resulta constreñido el plazo se reducirá también la compensación⁹¹⁵, aunque también hay posiciones minoritarias que prescinden de la duración, como la STSJ de Murcia (Sala de lo Social), núm. 256/2010, de 12 de Abril (JUR 2010/194176), a tenor de la cual "la adecuación de la compensación no debe de evaluarse en relación al tiempo durante el cual el trabajador no podría prestar servicios, de modo que su importe debería de ser próximo a los salarios que hubiera podido percibir, porque el pacto no le impide trabajar para todo tipo de empresas, ni siquiera es incompatible con el trabajo como representante de comercio, para cuya actividad cuenta con el bagaje de la experiencia y formación recibida, sino que, tal incompatibilidad opera, tan solo, respecto de empresas que se dediquen a la

⁹¹⁴ STS (Sala de lo Social) de 10 de febrero 2009 (RJ 2009/1445). Textualmente, la sentencia expresa "De esta forma, desde el momento en que la previsión contractual era la de que el incumplimiento de la obligación de no concurrencia determinaba la devolución de todas las cantidades percibidas como compensación al pacto, el hecho de que éste fuese cuatro veces superior al que legalmente podía establecerse, razonablemente ha de llevar a concluir, aplicando analógicamente las reglas establecidas en el art. 1.306 CC, que la restitución tan sólo debe alcanzar la cuarta parte.

⁹¹⁵ STS (Sala de lo Social) de 2 de Enero de 1991 (RJ 1991/46).

comercialización o venta del mismo tipo de producto; de ahí que debe de entenderse adecuada la compensación”

44.2.1 Criterios para valorar la cuantía

Los tribunales no han establecido un método de computo o fórmula de cálculo que arroje una cifra indemnizatoria, aunque sí han fijado parámetros generales para su estimación. Ha manifestado que no corresponde a una indemnización por lucro cesante, sino que se establece tomando como referencia el salario que percibía el trabajador⁹¹⁶.

La duración del pacto no es el único elemento determinante en la estimación de la cuantía de la compensación económica. Para valorar la adecuación, hay que tener en cuenta la amplitud de las actividades prohibidas, a mayor extensión de la prohibición mayor cuantía⁹¹⁷. La compensación se fija en relación a la extensión de la prohibición, pues el pacto puede prohibir “la totalidad o solo parte de la actividad empresarial”. En tal sentido y cuanto mayor es la limitación, menor es el campo de acción para que el trabajador pueda laborar en el área que conoce, lo que dificulta su subsistencia e implica que sea beneficiario de una compensación mayor⁹¹⁸. La adecuación de la cantidad económica debe ser suficiente para que permita la subsistencia en el periodo que está afectado por la limitación⁹¹⁹.

⁹¹⁶ GARCÍA VIÑA, J.: “El pacto de no concurrencia y permanencia en la empresa...” Ob. Cit. Pág. 48.

⁹¹⁷ STSJ Madrid (Sala de lo Social) núm. 986/2005 de 20 de diciembre (JUR 2006/64665) Valora el juzgador que la limitación solo se circunscribía a actividades de fabricación y venta de productos químicos en el área de la construcción, dejando un amplio margen de acción en todas las demás áreas a las cuales le permitía vincularse su titulación superior. STS Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social) núm. 717/2010 de 27 de Mayo (AS 2011/9) Estima que la compensación no es suficiente para compensar la prohibición de la actividad laboral “en el sector económico en el que ha desarrollado su actividad profesional habitualmente, más bien la única actividad para la que se ha formado”

⁹¹⁸ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 710/2008 de 10 de Noviembre (AS 2009/913). Afirma la sentencia “no se puede rebajar la compensación ya que la extensión de la limitación prohíbe todas las actividades propias o ajenas que constituyan competencia para la empresa”

⁹¹⁹ STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 1771/2012 de 19 de Junio (JUR 2012/310119)

La compensación económica también se puede establecer en consideración a las remuneraciones o intereses salariales del trabajador⁹²⁰. No obstante, señala la STSJ Castilla y León, núm. 283/2012, de 26 de Abril (AS 2012/2537), que el importe de la compensación económica no tiene que ser equivalente a la remuneración que recibía el trabajador, puesto que también hay que considerar la posibilidad de desempeñar otras actividades laborales que no estén prohibidas por el pacto.

A pesar de lo anterior, hay que valorar la dificultad que entraña que efectivamente el trabajador pueda emplearse en una tarea o actividad diferente a la que constituye su actividad conocida y habitualmente desempeñada. En ese sentido, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 8092/2006, de 20 de noviembre (AS 2007/1118), destaca precisamente que “la posibilidad genérica de poder trabajar en una actividad distinta de la que es la propia es en general meramente teórica y como tal no puede conllevar la consecuencia de arrojar al trabajador a una suerte de vinculación postcontractual que conlleve la falta de los recursos necesarios para la subsistencia, so pena del abono de una fuerte indemnización, normalmente fijada por la empresa. Si el contrato de trabajo es ordinariamente la fuente principal de obtención de los medios de subsistencia para la mayoría, la obligación legal de no realizarlo ha de venir necesariamente asociada a una indemnización suficiente para la satisfacción de tales necesidades de subsistencia”.

La STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 8857/2009, de 3 de Diciembre (AS 2010/811), razona respecto de los criterios de valoración de la compensación económica, que “la adecuación de la «compensación económica» a que se refiere el art. 2.2 ET dependerá de la valoración que las partes hagan de sus respectivos sacrificios, de modo que aunque podría entenderse como tal la retribución que viniera percibiendo el trabajador hasta la extinción del contrato, pueden manejarse otros criterios y, en todo caso,

⁹²⁰ SEBASTIAN LLORENTE, J.J.: “el pacto de no competencia postcontractual” Ob. Cit. Pág. 368.

corresponderá al Juez de lo Social decidir sobre la adecuación o no de la misma”⁹²¹. En ese sentido, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 201/2010 de 22 de marzo (JUR 2010/206616), afirma “el importe de la indemnización no tiene por qué coincidir con el salario que el trabajador venía percibiendo, en cuanto la limitación que a éste se le impone de no trabajar durante el período pactado en actividades de la competencia no le impide dedicarse a otra actividad no afectada por la prohibición.(...) el juicio de "adecuación" de las cantidades a satisfacer por la empresa debe hacerse en función exclusivamente de las actividades no permitidas, por concurrentes, pues lo que con ellas se compensa no es la imposibilidad de trabajar - lo que no es ni puede ser objeto del pacto de no concurrencia -, sino la de desarrollar determinadas actividades que, por incidir en el mismo sector de la empresa”⁹²².

Para finalizar, cabe agregar que las pagas extraordinarias deben incluirse proporcionalmente en la tasación de la compensación económica pactada, ya que se estableció como punto de referencia el salario mensual en relación con las cantidades líquidas percibidas por el trabajador⁹²³.

44.2.2 Casuística de la adecuación e inadecuación de la compensación

Los tribunales consideraron adecuada la compensación económica para una obligación de abstención de dos años consistente en: la cantidad de 3.000 € a distribuir entre doce mensualidades para un trabajador que percibía un salario anual de 33.000 €, lo que representa menos del 10%⁹²⁴, abono mensual

⁹²¹ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 8092/2006 de 20 de noviembre (AS 2007/1118), STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 12 de Mayo de 1992 (AS 1992/2834)

⁹²² La sentencia considera adecuada la compensación de 250 € al mes, sobre un salario anual de 33.000 €, que representa menos del 10% de la retribución, para una prohibición con duración de 2 años, ya que valora que la abstención está restringida a las actividades concurrentes con los clientes y proyectos de los que el trabajador haya tenido conocimiento.

⁹²³ STS de 4 de Marzo de 2008 (2008/1463)

⁹²⁴ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 201/2010 de 22 de marzo (JUR 2010/206616) Plantea dudas sobre la adecuación de la compensación el caso en estudio de un técnico de sistemas que es condenado a indemnizar a la antigua empleadora por incumplimiento del pacto en la suma de 7.633 euros, cuando recibió 3000 euros de compensación por dos años de

durante los dos años de relación laboral ascendiendo a 6000 euros⁹²⁵, la compensación abonada en parte en formación técnica y comercial (3000 euros) y otra parte en salario⁹²⁶, 18 pagas mensuales⁹²⁷, 25% del salario anual, una cantidad alzada global de 30.000 Euros⁹²⁸, el 10% de las retribuciones mensuales del alto directivo⁹²⁹, compensación mensual bruta de 330'00 € para un total percibido de 8115,70 euros para un gerente que recibía salario anual 24.398'00 €⁹³⁰, el 100% de la remuneración anual total que viniera percibiendo en el momento de su cese en la compañía⁹³¹, 14.600 euros anuales distribuidos en la misma forma y periodicidad que su remuneración salarial fija⁹³², una compensación variable de acuerdo a las circunstancias en las que se encuentre el ex trabajador, así: 25% del salario si presta sus servicios en otra entidad en trabajos de similar o superior función, o 50% del salario si trabaja para otra empresa, pero en trabajos con inferior función, o si realiza trabajos por cuenta propia y 75% del salario si está desempleado⁹³³.

Los órganos judiciales también han estimado la adecuación de la compensación de un pacto por duración de 6 meses retribuido con el

abstención, aunque el ámbito objetivo del pacto no están amplio, ya que solo se circunscribe a “actividades concurrentes con los clientes y proyectos que haya tenido conocimiento por su relación laboral “

⁹²⁵ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 287/2013 de 15 de Enero (JUR 2013/101121) percibió más de 6.000 € por el pacto referido. Y tal importe no fue mayor, por su extensión a lo largo del tiempo, porque la trabajadora decidió desistir del contrato, con la finalidad de mejorar profesionalmente, precisamente en empresa de la competencia, y que concurría vendiendo a la misma empresa que era el cliente principal de la recurrida.

⁹²⁶ STSJ de Murcia (Sala de lo Social) núm. 256/2010 de 12 de Abril (JUR 2010/194176)

⁹²⁷ STS (Sala de lo Social) de 2 de Enero de 1991 (RJ 1991/46)

⁹²⁸ STSJ de Murcia (Sala de lo Social) núm. 614/2008 de 15 de Julio (JUR 2008/353916)

⁹²⁹ STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social) núm. 136/2012 de 1 de Marzo (JUR 2012/93834)

⁹³⁰ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 8857/2009 de 3 de Diciembre (AS 2010/811)

⁹³¹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 710/2008 de 10 de Noviembre (AS 2009/913)

⁹³² STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 8092/2006 de 20 de noviembre (AS 2007/1118)

⁹³³ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 5034/2009 de 19 de Junio (JUR 2009/390751)

equivalente a 6 meses de su último salario⁹³⁴, tres mensualidades o el 20% de la retribución mensual que percibía en la empresa para la obligación de abstención de un año⁹³⁵. Así mismo, es adecuada la compensación para un periodo de abstención del trabajador con una duración máxima equivalente a la duración máxima de paro que corresponda al sector de automoción con una compensación económica a pagar a la finalización del contrato, por valor de 40.000 €⁹³⁶.

Por su parte, los tribunales valoraron inadecuada la compensación económica para una obligación de abstención de dos años, consistente en las siguientes retribuciones: remuneración de 90,15 Euros mensuales para un total de 7.109,53 euros frente a una indemnización de 24.000 por incumplimiento para una prohibición de dos años⁹³⁷, 120,20 euros mensuales con indemnización por incumplimiento de 12.000⁹³⁸. También por dos años de limitación se estimaron inadecuadas la retribución de: 140 euros mensuales cuando el salario mensual del trabajador era 4.500 euros mensuales⁹³⁹, la asignación mensual de 300 € o 450 € a partir del séptimo mes abonados en todas las nóminas y sólo durante la vigencia de la relación laboral frente a una indemnización de 60.100 €⁹⁴⁰, 15.000 pesetas mensuales con indemnización de 4'000.000, 8.111,08 € prohibición de dos años en la actividad laboral en un trabajador que venía percibiendo un total de 4867 € mensuales⁹⁴¹, 200 euros brutos mensuales en compensación percibió en total durante la relación laboral

⁹³⁴ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 430/2003 de 13 de mayo (JUR 2004/14274) “El pacto suscrito fue cumplido en todos los términos por el demandante, y lógicamente debe ser resarcido con la liquidación estipulada sobre cuya cuantía no existe controversia”

⁹³⁵ STSJ Madrid (Sala de lo Social) núm. 986/2005 de 20 de diciembre (JUR 2006/64665)

⁹³⁶ STSJ de Cantabria (Sala de lo Social) núm. 967/2006 de 30 de octubre (JUR 2006/277684)

⁹³⁷ STSJ Islas Canarias (Sala de lo Social) núm. 717/2010 de 27 de Mayo (AS 2011/9)

⁹³⁸ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 494/2005, de 21 de Enero (JUR 2005/63672)

⁹³⁹ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 8295/2012 de 10 de diciembre (JUR 2013/45203) por tanto carece de causa válida el pacto

⁹⁴⁰ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 1950/2007 de 23 de mayo (As 2007/2837)

⁹⁴¹ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 8092/2006 de 20 de noviembre (AS 2007/1118)

un importe de 5.466,67⁹⁴². En una obligación de abstención de un año se consideró inadecuada la compensación de 10.000 mensual salario y 300.000 curso, frente a una indemnización para el supuesto de incumplimiento de 14 salarios mensuales⁹⁴³.

De esta manera, se incurre en la nulidad de pleno derecho por ausencia de este requisito cuando se establece una compensación económica no adecuada así sea abonada o no⁹⁴⁴. También cuando no se establece compensación alguna⁹⁴⁵. Cabe resaltar que la ausencia de compensación debe conectarse con la validez y no con el incumplimiento del pacto, cuya nulidad solo puede alegarla el trabajador⁹⁴⁶. Puede concluirse entonces que el simple abono de una compensación no es suficiente para cumplir el requisito legal si esta no es adecuada.

44.2.3 Modo de abono de la compensación económica

⁹⁴² STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 1169/2013 de 8 de mayo (JUR 2013/260778) es a todas luces inadecuada una compensación que asciende a 5000 por dos años de abstención, cuando el trabajador como gerente comercial percibía de salario 2.371.

⁹⁴³ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 1910/2003 de 7 de mayo (AS 2004/1093)

⁹⁴⁴ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 8092/2006 de 20 de noviembre (AS 2007/1118) Por ello, si bien no por la razón de que no se abonara nada después de la finalización de la relación laboral, sino en definitiva porque, prescindiendo de cuando se abonara, el total abonado fue manifiestamente insuficiente. STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 5046/2002 de 9 de Julio (AS 2002/2869) pacto de duración de 2 años, en el que se pacta compensar por la cantidad equivalente al 15% del sueldo anual, sin embargo no hay ningún aumento en el salario que permita inferir que se realizó el abono de la compensación, ni se abonó ninguna suma extinguida la relación laboral, por lo cual se concluye que carece de eficacia, STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 4321/2001 de 18 de Mayo (AS 2001/2694). Compensación económica de 50.000 ptas mensuales que no fueron abonadas

⁹⁴⁵ STSJ de Navarra (Sala de lo Social) núm. 141/2001 de 30 de Abril (AS 2001/2238) Expresa el órgano judicial “que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada, requisito este último que no concurre en el contrato cuestionado que debió constar de manera expresa”. Así también, lo manifiesta la STSJ Castilla y León. núm. 283/2012 de 26 de Abril (AS 2012/2537) se incumple uno de los requisitos exigidos y es que al no haberse pactado expresamente una compensación económica por el pacto de no competencia postcontractual

⁹⁴⁶ STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) de 15 de noviembre de 2005 (AS 2006/780). “Se trata de un efecto exclusivamente dispuesto en su beneficio y, por tanto, sólo puede alegarse por el propio trabajador perjudicado y nunca por el empresario”

A pesar de que la prohibición de concurrencia se pacte para una vez finalizada la relación laboral, el abono de la compensación puede efectuarse en el desarrollo de la relación laboral, es decir, con anticipación a la entrada en vigencia de la obligación de abstención. De esta forma, la compensación económica puede ser abonada periódicamente durante la relación laboral a través de un plus en el salario⁹⁴⁷, abonarse a través de pagos fraccionados en momentos distintos de la relación laboral⁹⁴⁸, o a través del abono de la suma total de la compensación en un solo plazo⁹⁴⁹.

El importe de la cuantía debe establecerse de manera expresa y precisa en el momento en que se celebra el pacto, sin posibilidad de fijación a posteriori⁹⁵⁰, de modo la cuantía debe ser determinable, sin vaguedades que imposibiliten concluir cual es el monto estipulado⁹⁵¹, y que no permitan que impere la voluntad exclusiva del empresario⁹⁵². La omisión o imprecisión de la

⁹⁴⁷ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 618/2009 de 6 de octubre (AS 2009/2898), STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 287/2013 de 15 de Enero (JUR 2013/101121). STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social) núm. 136/2012 de 1 de Marzo (JUR 2012/93834) afirma la sentencia que es válido la compensación sea abonada periódicamente durante la vigencia del contrato laboral, sin que tenga que esperar hasta la extinción del relación laboral.

⁹⁴⁸ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 2250/2003 de 8 de abril (AS 2003/2255). 100.000 ptas. en la firma del documento, 65.000 ptas. mensuales desde el inicio hasta la finalización del contrato, 100.000 ptas. mensuales desde la finalización del contrato hasta que finalice el tiempo de duración del pacto de no competencia.

⁹⁴⁹ STSJ de Murcia (Sala de lo Social) núm. 614/2008 de 15 de Julio (JUR 2008/353916), STSJ de Cantabria (Sala de lo Social) núm. 967/2006 de 30 de octubre (JUR 2006/277684)

⁹⁵⁰ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 4823/2000 de 28 de noviembre (JUR 2001/119753) "que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada, la cual, dados los términos del citado precepto, debe quedar reflejada en el contrato en el que se ponga tal cláusula, sin que proceda que ésta se fije a posteriori".

⁹⁵¹ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 5994/2002 de 31 de octubre (JUR 2003/207110) se pacta plena dedicación y pacto de no competencia postcontractual y se fija una suma a favor del trabajador, que concluye el legislador que es la asignación económica por la plena dedicación pero no por el pacto de no competencia postcontractual. En idénticos términos, la STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 6158/2002 de 7 de noviembre (JUR 2003/207277) señala que "la compensación económica estipulada como "pacto de no concurrencia" con referencia general al art. 21 ET es de una extraordinaria vaguedad"

⁹⁵² STSJ de Navarra (Sala de lo Social) núm. 141/2001 de 30 de Abril (AS 2001/2238) Se fija la duración de la obligación, el ámbito material, la indemnización ante el incumplimiento del trabajador, pero no se establece la compensación. Expresa el órgano judicial "que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada, requisito este último que no concurre en el contrato cuestionado que debió constar de manera expresa. Resulta preciso que conste expresamente la adecuada compensación económica al trabajador so pena de dejar su abono a la exclusiva voluntad del empresario".

compensación origina la invalidación del pacto⁹⁵³. Cabe resaltar el pronunciamiento de la STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) de 15 de noviembre de 2005 (AS 2006/780), que considera que no hay nulidad por ausencia de compensación del pacto que acuerda determinar en un momento posterior a la suscripción del mismo, estableciendo solamente el límite máximo, que se fijó máximo en dos veces el importe del salario⁹⁵⁴.

En concordancia con lo expuesto, si el documento que contiene el pacto de no competencia el empresario reconoce también obligaciones pecuniarias por otros conceptos laborales, debe cuantificarse nítidamente el importe que corresponde a la compensación económica. De esta manera, el pacto de no competencia que es acordado junto a otros pactos contemplados en el art. 21 ET, debe diferenciar claramente la compensación que corresponde por cada uno de ellos⁹⁵⁵. De la misma manera, el pacto de no competencia recogido en documento que establece una cuantía por indemnización por despido improcedente debe diferenciar la cuantía que corresponde como compensación económica por el pacto de no competencia postcontractual⁹⁵⁶.

⁹⁵³ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 1910/2003 de 7 de mayo (AS 2004/1093). “la imprecisión del pacto al no establecer concretamente la compensación, y el acto empresarial abonando en nómina una compensación claramente insuficiente invalidan el pacto de no concurrencia, que debió formar parte del contrato mismo”.

⁹⁵⁴ STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) de 15 de noviembre de 2005 (AS 2006/780) “Esa falta de concreción de la cuantía indemnizatoria y postergación del momento de determinación implicaba, inicialmente, ausencia de objeto (art. 1273 CC). Sin embargo, el Juzgado ha estimado que esa cuantía se fijó finalmente en dos anualidades del salario”.

⁹⁵⁵ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 3320/2004 de 12 de noviembre (JUR 2005/42700) se utilizó la misma compensación económica para la plena dedicación y la no competencia, de forma que no es posible determinar si era adecuada la compensación pactada; porque de no estimarse lo anterior es claro que la compensación pactada no era la adecuada. Por su parte, la STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social) de 23 de marzo de 1998 (AS 1998/5835) se realiza pacto de dedicación exclusiva y pacto de no competencia y se fija como compensación el abono de una suma trimestral a pagar a la finalización de la relación laboral. Establece el órgano judicial que la no retribución de la dedicación exclusiva invalida dicho pacto y esta invalidez se extiende también al pacto de no competencia postcontractual dado que los dos pactos se celebraron de una forma global, por lo que la nulidad de una parte, genera la nulidad de todo.

⁹⁵⁶ STSJ de Extremadura (Sala de lo Social) núm. 81/2007 de 8 de febrero (AS 2007/1390). Se celebra el pacto y en conciliación se reconoce la improcedencia del despido y se acuerda una suma, sin aludir que corresponde al pacto y que a la indemnización por improcedencia por tanto, se entiende que no se pacta compensación económica, lo que anula el pacto y la obligación de devolución ante el incumplimiento del trabajador, pues como es lógico, si no se percibió ninguna suma, no hay nada que devolver. STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm.

Es oportuno agregar que la validez del pacto no se afectada por el posterior silencio en la audiencia de conciliación celebrada al día posterior en que se ha concertado el pacto. La STS (Sala de lo Social) de 21 de Marzo de 2001 (RJ 2001/4106) resuelve un caso en el que la sentencia impugnada considera ineficaz un pacto de no competencia que se concertó un día, pero al siguiente no se incorporó en la conciliación. La sentencia de contraste, en cambio, valida el pacto aunque no se mencione en la audiencia de conciliación celebrada al día siguiente. El TS termina afirmando que la sentencia de contraste tiene la doctrina correcta, los dos acuerdos son complementarios y no incompatibles, de modo que el pacto celebrado en documento privado, el día anterior a la conciliación, es válido aunque no aluda ni se incorpore en la conciliación, ya que claramente fija todos los requisitos⁹⁵⁷.

44.2.4 Imposibilidad de la fijación unilateral de la compensación

El importe de la compensación puede ser modificado por mutuo acuerdo de las partes, pero no unilateralmente⁹⁵⁸. Sin embargo, la STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) núm. 2379/2007, de 18 de septiembre (AS 2008/179), declara la licitud de la compensación económica establecida unilateralmente por el empresario en momento diferente al que se celebró el pacto, ya que, desde su interpretación, el requisito de validez refiere a que sea satisfecha de forma adecuada, puesto que la licitud de la cuantía no radica en que sea

6599/2001 de 26 de Julio (JUR 2001/275587) Pacto de no competencia fijado en la audiencia de conciliación en el que fijaron una cantidad total de 16.736.306 ptas., de los cuales 9.236.306 ptas. son por despido improcedente y el resto para el pacto de no competencia.

⁹⁵⁷ VALDÉS ALONSO, A.: “Pacto de no competencia postcontractual y acto de conciliación...” Ob. Cit. Pág. 32. Explica el autor que en primera medida es plenamente válido concertar un pacto con posterioridad a la finalización de la relación laboral. En segundo término y teniendo en cuenta que el acto de conciliación es un contrato de transacción que constituía el espacio propicio para que las partes manifestaran la inconformidad o la voluntad modificatoria de aspectos laborales, inclusive relacionados con el pacto de no competencia postcontractual, por lo que si nada manifestaron las partes en la audiencia de conciliación es porque se infiere que las partes asumieron plenamente la existencia del pacto y sus correspondientes obligaciones.

⁹⁵⁸ STSJ de Aragón (Sala de lo Social) núm. 106/2008 de 13 de febrero (AS 2008/1313)

resultado del acuerdo de voluntades sino en la adecuación que implica que no se cumple con el requisito⁹⁵⁹. Aduce por tanto, que el abono de una compensación económica adecuada establecida a discreción del empresario es conforme al precepto laboral. Frente a esta posición, que permitiría la fijación unilateral y en momento posterior al de la celebración del pacto, la mayoría de la doctrina judicial y jurisprudencial se ha manifestado en contra. La STS del 10 de Julio de 1991 (RJ 1991/5880) señala que la nulidad del pacto se configura por la ausencia de fijación de compensación económica, sin que el empresario esté facultado para establecerla unilateralmente después de la finalización del contrato laboral.

Coincide con esta postura Moreno del Toro, al afirmar que la cuantía de la compensación no puede ser definido al arbitrio de una de las partes; antes al contrario debe ser resultado del acuerdo⁹⁶⁰.

De los numerosos pronunciamientos que siguen la línea de interpretación mayoritaria, que rechaza la fijación unilateral de la compensación económica por el carácter bilateral y equilibrado de las obligaciones nacidas del pacto⁹⁶¹, cabe reseñar la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), núm. 131/2006 de 28 de febrero (AS 2006/1015), que declara la nulidad del pacto que no consigna la cuantía de la compensación y que además condiciona el abono a la autorización empresarial del nuevo empleo al que aspire el trabajador, dejando la eficacia del pacto al arbitrio exclusivo del empresario.

Así también, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 4321/2001, de 18 de Mayo (AS 2001/2694), destaca la unilateralidad de la decisión empresarial sobre la compensación, que se evidencia cuando se pacta una

⁹⁵⁹ Explica la STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) núm. 2379/2007 de 18 de septiembre (AS 2008/179) que “la falta de validez, en cuanto a la indemnización, no se vincula a la falta de pacto sobre ella, sino únicamente a que no se satisfaga una compensación económica adecuada”.

⁹⁶⁰ MORENO DEL TORO, C.: “El pacto de abstención postcontractual...” Ob. cit. Pág. 902. El quantum se fija por ambas partes, no unilateralmente.

⁹⁶¹ La STS de 2 de julio del 2003 (2004/18) declara la exigencia de que sea un acuerdo bilateral y equilibrado.

compensación mensual que no es retribuida hasta que el trabajador se desvincula de la empresa e ingresa a otra, momento en que la empresa le consigna la totalidad de la compensación económica adeudada. Ante esto el tribunal declara la invalidez del pacto afirmando que “si se aceptara la convalidación del pago último, sería tanto como dejar al arbitrio de su voluntad la validez y cumplimiento de tal obligación”; máxime cuando, tras conocer la voluntad del trabajador de dejar la empresa, de forma torticera intenta dar vigencia a aquel pacto, “entregando lo que nunca abonó, actitud que sólo calificable de una auténtica actuación fraudulenta”⁹⁶².

Es oportuno plantear la reflexión propuesta por Arga Viforcós sobre la excepcionalidad de la aminoración de la cuantía de la compensación económica en beneficio empresarial. Pone de relieve la autora que el análisis judicial de la adecuación de la compensación generalmente es abordado desde la perspectiva protectora del trabajador, pero sin valorar si es excesiva para el empresario. Afirma que la compensación económica podría reducirse por elementos que la afecten, como la disminución de la jornada laboral y de la retribución salarial, en supuestos como la jubilación parcial, entrando a valorar también aspectos como la pérdida del carácter societario del trabajador⁹⁶³.

Estas reflexiones las realiza en relación a la STSJ de Aragón (Sala de lo Social), núm. 106/2008, de 13 de febrero (AS 2008/1313), que no accede a la disminución de la cuantía fijada en 7212 euros anuales, a la que sobrevino una prejubilación parcial, ya que, aunque la compensación haya sido integrada a la remuneración salarial, no tiene dicha naturaleza. El tribunal comprende que la compensación económica no está conectada a la actividad laboral

⁹⁶² Comparte esta posición la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 5046/2002 de 9 de Julio (AS 2002/2869) que expresa “entendemos por lo expuesto que no se hizo constar en forma expresa y debida la adecuada compensación económica al trabajador, con lo que se dejaba su abono, al menos en parte, a la exclusiva voluntad del empresario”

⁹⁶³ AGRA VIFORCÓS, B.: “Efectos de la novación contractual por jubilación parcial en la compensación adecuada acordada en pacto de no competencia postcontractual suscrito al inicio de la relación laboral”. *A.S. núm. 18/2008 para 65/2008. BIB 2008/3020*. Añade la autora que las pocas veces que los órganos judiciales acceden a la disminución de la compensación es por la menor entidad de la lesión a la libertad de trabajo, y por el decrecimiento de la remuneración salarial.

desempeñada por el trabajador, sino a la que va a desempeñar, por lo cual la reducción de la jornada y de la retribución salarial no implica la disminución de la cantidad fija establecida como compensación. De esta manera, hace primar la interpretación literal entendiendo que la reducción es contraria a lo acordado por las partes que concertaron un importe fijo, sin sujeción a la variación salarial.

El empresario no está obligado a compensar el pacto de no concurrencia postcontractual que ha sido incumplido por el trabajador⁹⁶⁴. Por su parte, el ex trabajador perjudicado por el no abono de la compensación económica acordada podrá solicitar el pago de lo adecuado, conforme a lo que destaca la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 5034/2009, de 19 de Junio (JUR 2009/390751), que señala que “el actor tiene un título válido para exigir de la empresa el pago de la contraprestación por el pacto de no concurrencia, puesto que el pacto sólo podría desistirse de conformidad con ambas partes al momento de la terminación de la relación laboral, sin que en el presente asunto, en que al actor le restaba año y medio para la jubilación a la fecha del despido, éste hubiera aceptado el desistimiento del acuerdo”.

45. Consecuencias jurídicas del incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual

El pacto de no competencia postcontractual genera obligaciones bilaterales que, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1255 CC, gozan de fuerza vinculante tanto para el empresario como para el trabajador. La naturaleza sinalagmática de las obligaciones contenidas en el pacto incide en las consecuencias jurídicas atribuidas al incumplimiento de cualquiera de las dos partes, ya que para poder exigir el cumplimiento de su contraparte, deben haber cumplido con su propia obligación. De esta manera, el trabajador que incumple la prestación debida, que consiste en la abstención de vincularse laboralmente a una empresa de la competencia durante un periodo de tiempo

⁹⁶⁴ STS (Sala de lo Social) 12 de Enero de 2012 (JUR 2012/61831).

determinado, en aplicación de la facultad resolutoria estipulada en el art. 1124 C.C., libera al empresario de compensar económicamente una obligación incumplida⁹⁶⁵. Igualmente, el empresario que no realiza el abono de la compensación económica libera al trabajador del cumplimiento de su obligación.

El incumplimiento de un pacto válido, en el que concurren los requisitos previstos por el art. 21.2 ET, es decir, con existencia del interés industrial o comercial y con adecuada compensación económica, obliga a abonar la indemnización por daños y perjuicios pactada⁹⁶⁶. Por el contrario, el cumplimiento del trabajador de un pacto declarado nulo de pleno derecho debido a la ausencia de interés industrial o comercial⁹⁶⁷ o por la no fijación de la cuantía de la compensación económica no puede conllevar a la declaración de incumplimiento del pacto, ni generar al pago de la compensación económica⁹⁶⁸, ya que no despliega ningún efecto. De este modo, la nulidad del pacto allana el camino para que el incumplimiento de las partes no sea sancionado, aunque cabe aclarar que en sentido riguroso no puede hablarse de incumplimiento de una obligación que no existe por ausencia de validez; por ende, en ausencia de interés empresarial o inexistencia de compensación económicamente, no habrá lugar a la indemnización fijada en el pacto⁹⁶⁹. Es

⁹⁶⁵ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 128/2011 de 28 de febrero (AS 2011/1466)

⁹⁶⁶ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 221/2005 de 7 de Abril (JUR 2005/106701) declara la validez del pacto de no competencia postcontractual y en consecuencia, la validez de la cuantía fijada como indemnización por el incumplimiento del mismo. Como es lógico, si no hay incumplimiento, no hay sanción, así lo expresa la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 236/2002 de 21 de Marzo (AS 2002/1509) el pacto de no competencia fue válido, y desplegó su eficacia, y lo que sucedió fue que no hubo incumplimiento del mismo, en consecuencia el trabajador, no tiene obligación de devolver las cantidades abonadas por compensación económica, ni de indemnizar por daños y perjuicios.

⁹⁶⁷ STSJ de Cataluña núm. 524/2005 de 24 de Enero (AS 2005/405). “ni siquiera se ha intentado demostrar que la trabajadora dispusiere de una posición en la empresa que le permitiere captar a su clientela, sin que pueda presumirse tal circunstancia en su mera condición de peluquera”

⁹⁶⁸ STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social) núm. 283/2012 de 26 de Abril (AS 2012/2537). El trabajador cumple un pacto que no había fijado monto de la compensación, luego de cumplido exige el pago de la compensación pero el tribunal entiende que no hay lugar a compensación.

⁹⁶⁹ STSJ de Navarra (Sala de lo Social) núm.150/2003 de 26 de Mayo (JUR 2003/211329). No hubo abono de una adecuada compensación económica, por ende, no hay lugar a la

oportuno acotar, que la carencia de fijación de compensación adecuada o la ausencia de efectivo interés industrial o empresarial, “no puede ser subsanada mediante pronunciamiento judicial”⁹⁷⁰

No obstante lo anterior, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), núm. 14/2003, de 9 de enero (JUR 2003/111197), realizó una cuantificación de las deudas recíprocas del pacto conforme a los artículos 1103 y 1154 del C.C., moderando la indemnización por incumplimiento del trabajador, a pesar de que el empresario no abonó la compensación.

El empresario defraudado en el incumplimiento del pacto puede solicitar el cese de la actividad ante el órgano judicial⁹⁷¹. La complejidad que representa la ejecución de esta opción, deriva en que el incumplimiento del trabajador sea sancionado generalmente con la restitución de lo percibido como compensación económica⁹⁷². La devolución de la compensación también puede decretarse como consecuencia de la nulidad del pacto por compensación inadecuada. Como señala la STSJ Cataluña (Sala de lo Social) núm. 2010/2003, de 25 de Marzo (AS 2003/1958), “incluso en el supuesto hipotético de que el pacto en cuestión hubiera de considerarse nulo por insuficiencia de la compensación pactada, entraría en juego la regla del art. 9.1 del ET y, en cuanto que no se aprecia la concurrencia de causa torpe, la más

indemnización por incumplimiento del trabajador estipulada en el pacto, ya que corre la misma suerte de no ser válida esa cláusula. STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 77/2003 de 9 de Enero (AS 2003/3195). Aunque el trabajador incumple el pacto, el órgano judicial no accede a decretar la indemnización por perjuicios al empresario, dado que el pacto no es válido porque la compensación económica no es adecuada.

⁹⁷⁰ STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social) núm. 283/2012 de 26 de Abril (AS 2012/2537).

⁹⁷¹ MARTIN VALVERDE, A, GARCIA MURCIA, J.: “*Tratado práctico de derecho del trabajo. Vol. II*” 2º Ed. Ed. Aranzadi. Navarra. 2012. p.119.

⁹⁷² STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 4388/2002 de 26 de noviembre (AS 2003/1092), STSJ Madrid (Sala de lo Social) núm. 843/2010 de 29 de octubre (AS 2011/30), STSJ Cataluña (Sala de lo Social) núm. 1566/2010 de 24 de febrero (JUR 2010/167168), STSJ Cataluña (Sala de lo Social) núm. 2010/2003 de 25 de Marzo (AS 2003/1958), STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) núm. 2596/2008 de 3 de Noviembre (JUR 2009/202821) Alto directivo que incurre en concurrencia por trabajar para empresa con el mismo objeto social. Consecuencia: devolución de compensación por incumplimiento, STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 9127/2001 de 22 de Noviembre (AS 2002/242) ante el incumplimiento del trabajador decreta la pérdida de la compensación abonada y por abonar.

general del art. 1303 del C.C., según la cual los contratantes pueden exigirse la restitución de lo que hubieren dado en ejecución de la obligación cuya nulidad se declara, lo cual, en definitiva, no es más que una manifestación del tradicional principio del enriquecimiento injusto”⁹⁷³.

Sin embargo, la devolución de la compensación ante la nulidad del pacto no puede imponerse como la única solución para el destino de la compensación. La STS (Sala de lo Social) de 10 de febrero 2009 (RJ 2008/1445) expresa que la restitución recíproca ordenada en el art. 1303 C.C. no es la única disposición jurídica aplicable en esa materia, ya que el art. 9.1 ET preceptúa la validez de las partes del contrato no afectadas por la nulidad y remplazado por la norma adecuada. Así pues, ante la inadecuada extensión temporal por errónea calificación de la categoría del trabajador, que atenta contra la norma imperativa que dispone la duración máxima, entra a sustituirse la cláusula por la duración prevista en la norma de derecho necesario del art. 21.2 ET⁹⁷⁴. La sentencia reseñada resalta la aplicación preferente del art. 9.1 ET, que habilita a los órganos judiciales para que, conforme a su propio criterio o discrecionalidad judicial, decidan sobre la compensación económica ante el incumplimiento del trabajador que puede conllevar o no a la aplicación de dispuesto en el art. 1306 C.C.

En este orden de ideas, la reducción de la duración del pacto fijada en el pacto para adecuarlo a lo dispuesto en la norma laboral, generará la lógica consecuencia de la reducción de la indemnización establecida para el

⁹⁷³ Así también, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 6523/2002 de 15 de Octubre (AS 2002/3181) “la legislación laboral tiene una regulación específica establecida en su artículo 9.1 en el sentido de que «si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, la Jurisdicción competente que a instancia de parte declare la nulidad hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones», por lo que es una contraprestación sin causa, por lo que dado el carácter sinalagmático del contrato de trabajo, el trabajador tiene la obligación de reintegrar esa cantidad percibida”

⁹⁷⁴ La STS (Sala de lo Social) de 10 de febrero 2009 (RJ 2008/1445) “frente a la nulidad parcial conservadora- lo que se denomina nulidad parcial coactiva o imperativa”

incumplimiento del trabajador, dado que la duración del pacto incide directamente en la fijación del monto de la indemnización⁹⁷⁵.

La STS (Sala de lo Social), de 2 de Enero 1991 (RJ 1991/46), señala que “la finalidad esencial que se persigue con el establecimiento de esta compensación o indemnización es doble, a saber: a) Ante todo se pretende resarcir a la empresa, en alguna medida, de los daños y perjuicios que le pueda irrogar la competencia o concurrencia del trabajador cesado, y por ende cuanto mayor sea la duración del plazo de vigencia de la obligación, mayor puede ser el perjuicio causado por el incumplimiento de la misma, de ahí que sea indiscutible la conexión e interrelación existente entre el importe de aquélla y la duración de la obligación referida; b) Por otro lado, dicha indemnización tiene, con respecto al trabajador cesado, una finalidad disuasoria, al objeto de impeler a éste para que se abstenga de llevar a cabo actos que incurran en concurrencia o competencia con la empresa a la que había pertenecido hasta el cese, y por tanto, también es claro que esta finalidad impone la consecuencia de que la mayor duración de la obligación de no concurrir exige un mayor importe de la compensación pactada y viceversa”.

La restitución de la compensación económica equivaldrá al monto desembolsado por dicho concepto, desde luego, en proporción a lo recibido, así, si el trabajador recibía un porcentaje incluido en su asignación salarial, deberá devolver ese plus, más no la totalidad del salario percibido. Igualmente, la proporcionalidad de la restitución de la compensación económica se aplica ante la reducción de la duración de la obligación⁹⁷⁶.

⁹⁷⁵ STS (Sala de lo Social) de 2 de Enero 1991 (RJ 1991/46). El empleado incumplió el pacto, que estipulaba que ante el incumplimiento del empleado debía satisfacer a la empresa en la cantidad de 18 pagas. Se decreta que la cuantía a abonar se reduzca a cuatro pagas y media, debido a la reducción de la duración que era excesiva, ya que debe haber proporcionalidad entre una y otra.

⁹⁷⁶ STS (Sala de lo Social) de 10 de febrero 2009 (RJ 2008/1445) “el hecho de que éste fuese cuatro veces superior al que legalmente podía establecerse, razonablemente ha de llevar a concluir, aplicando analógicamente las reglas establecidas en el art. 1.306 CC, que la restitución tan sólo debe alcanzar la cuarta parte”.

Esta proporcionalidad también es predicable a la cuantía de la devolución en relación con el periodo cumplido. Afirma la STSJ de País Vasco, de 30 de marzo de 1993 (1564/1991), que “la cuantía de la obligación restitutoria debe ser proporcionada al periodo incumplido, dado que el pacto fue observado durante el primer semestre de su vigencia, por lo que la cantidad a restituir debe ser igual a las tres cuartas partes de lo entregado”.

Sin embargo, los tribunales no aplican la teoría de la proporcionalidad entre la devolución de la compensación económica y el grado de incumplimiento, cuando el pacto expresamente consigna como sanción aplicable la devolución de todo lo percibido a título de compensación económica⁹⁷⁷.

La STS (Sala de lo Social) de 5 de febrero (RJ 1990, 821) resalta la fuerza de los compromisos asumidos por las partes como consecuencia del incumplimiento, de modo que “no cabe la menor duda que la patente trasgresión por el trabajador recurrente del recíproco deber concertado de no efectuar competencia post-contractual debe comportar la asunción por el mismo del resarcimiento expresamente convenido para el supuesto de trasgresión de dicha obligación de no efectuar competencia contractual”.

Ante el incumplimiento del pacto se excluye la aplicación del art. 1124 CC, en cuanto a que surja una doble consecuencia de restitución y cesación de la actividad⁹⁷⁸.

No hay infracción aunque concurren todos los requisitos de validez, y el trabajador se haya vinculado a prestar servicios a una empresa de la competencia del anterior empresario si el trabajador realiza tareas diferentes en

⁹⁷⁷ No aplica la teoría de la proporcionalidad entre la devolución y el grado de incumplimiento por parte del trabajador STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 232/2007 de 31 de enero (JUR 2008/18881)

⁹⁷⁸ MARTIN VALVERDE, A, GARCIA MURCIA, J.: “*Tratado práctico de derecho del trabajo. Vol. II*” Ob. cit. p.119.

la nueva empresa⁹⁷⁹; tampoco cuando el trabajador labora en un área diferente a la que fue formado en la empresa y a la que se ceñía la prohibición pactada⁹⁸⁰.

Se configura la infracción al pacto y se ordena la devolución de la compensación, a pesar de que la indemnización sea excesiva, en cuyo caso la nulidad de dicha cláusula no afecta la validez del pacto⁹⁸¹.

45.1 Indemnización por daños y perjuicios

La STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 2250/2003, de 8 de abril (AS 2003/2255), recuerda que el pacto de no competencia postcontractual tiene naturaleza indemnizatoria, por lo que el incumplimiento de las partes da lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

Además de la devolución de la compensación, es factible la indemnización a favor del empresario o del trabajador, de los daños y perjuicios ocasionados por la transgresión del pacto de no concurrencia en concordancia con lo dispuesto en el art. 1101 y 1107 CC⁹⁸².

⁹⁷⁹ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 4218/2000 de 16 de mayo (as 2000/1925).

⁹⁸⁰ STSJ de País Vasco de 4 de Septiembre de 2001 (AS 2002/962). El área en la que recibió instrucción el trabajador era la prevención de riesgos laborales, y en la nueva empresa su cargo era director de calidad.

⁹⁸¹ STSJ de Madrid núm. 538/2008 de 17 de Junio de 2008 (2008/2046)

⁹⁸² STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) de 3 de febrero de 2004 (AS 2004/218) "Pacto cuyo incumplimiento por el trabajador genera en éste un deber de indemnizar al empresario los daños y perjuicios causados por su trasgresión (art. 1101 C.C.), sin que nuestro legislador haya optado por fijar un criterio objetivo de determinación de los mismos, lo que exige que, quien pretenda ser indemnizado por tal causa, corra con la carga de demostrar a cuanto ascendieron. STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) núm. 2596/2008 de 3 de Noviembre (JUR 2009/202821) "No probada la existencia de perjuicios directos ni su cuantía, sólo procede la indemnización por los perjuicios indirectos en los términos pactados"

Por ende, no es arbitraria la sanción impuesta al trabajador ante el incumplimiento, consistente en la devolución de la cantidad pagada como compensación y la indemnización de daños y perjuicios⁹⁸³.

Si el pacto no establece el monto indemnizatorio ante un incumplimiento, éste deberá ser fijado por la autoridad judicial⁹⁸⁴, una vez sean demostrados por la parte que alega los daños y perjuicios⁹⁸⁵.

Algunos pronunciamientos judiciales estiman que la devolución de la compensación parece excluir la posibilidad de exigir también el pago de una indemnización. De acuerdo a lo expuesto en la STS (Sala de lo Social), de 20 de abril de 2010 (RJ 2010/4669), dicha devolución equivaldría a imponer “unas consecuencias indemnizatorias desproporcionadas”⁹⁸⁶. Un sector de la doctrina destaca la infrecuente condena al trabajador a indemnizar daños y perjuicios, primando como consecuencia jurídica la devolución de la compensación ante el incumplimiento⁹⁸⁷.

La STSJ de País Vasco (Sala de lo Social), de 3 de febrero de 2004 (AS 2004/218), no avala la indemnización por daños y perjuicios cuando el

⁹⁸³ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 895/2002 de 12 de febrero (JUR 2002/268695). Devolución de la cantidad de 6.000.000 ptas. (seis millones de pesetas) recibidas por el demandado como compensación económica del referido pacto (cinco millones más un millón del préstamo cancelado). La indemnización de daños y perjuicios que se cifra en cuantía de 8.980.943 ptas. por las pérdidas en ventas de anticongelantes en la campaña de invierno de 1998, respecto a las ventas de 1997.

⁹⁸⁴ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 77/2003 de 9 de Enero (AS 2003/3195).

⁹⁸⁵ STSJ de Aragón (Sala de lo Social) núm. 376/2003 de 2 de Abril (JUR 2003/130783). STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 687/2000 de 13 de Diciembre (JUR 2001/94451) “el actor es responsable de los daños y perjuicios causados por su conducta desleal y que deberán ser resarcidos a la perjudicada”

⁹⁸⁶ STS (Sala de lo Social) de 20 de abril de 2010 (RJ 2010/4669) “De aceptarse la tesis de la recurrente -devolución en caso de incumplimiento del pacto de no concurrencia de lo percibido durante la vigencia del contrato, en concepto de plus de no competencia más la cantidad pactada como “indemnización” de 150.000 ptas. mensuales durante un año- se estaría rompiendo la obligada bilateralidad del contrato, pues se impondrían al trabajador unas consecuencias indemnizatorias desproporcionadas”.

⁹⁸⁷ La ausencia de condena por daños y perjuicios por el incumplimiento del trabajador la ponen de manifiesto autores como ZURDO SANCHIDRIÁN, G.: “Incumplimiento del pacto de no competencia” Ob. Cit. Págs. 32-33.

empresario no avisó oportunamente al trabajador sobre la entrada en vigencia del pacto, ya que estaba condicionado a la expresa manifestación de conformidad del empresario con el pacto, al momento de la finalización de la relación laboral.

La liberación del trabajador del cumplimiento del pacto efectuada por el empresario, no afecta a su derecho a recibir la indemnización o compensación económica acordada⁹⁸⁸. Es doctrina jurisprudencial consolidada la que declara la nulidad de la facultad de desistimiento unilateral del pacto. En tal sentido, la STSJ de Asturias, del 9 de Mayo de 2008, (EDJ 121997) considero que la facultad de desistimiento unilateral no ejercitada por el empresario no afecta a la validez del pacto, por lo que procede el abono de la indemnización.

45.1.1 Clausula penal

El pacto permite establecer las consecuencias del incumplimiento del trabajador, fijando anticipadamente la cuantía de la indemnización a través de la inclusión de la cláusula penal prevista en el art. 1152 C.C.⁹⁸⁹. Los tribunales pueden, entonces, decretar la indemnización por daños y perjuicios acordada por los propios suscribientes⁹⁹⁰, o moderar la cuantía si la consideran excesiva. No obstante, el juzgador de instancia es el único habilitado para la moderación de la cuantía de la indemnización fijada en el pacto, sin perjuicio de que ésta pueda ser revisada en casación o en suplicación⁹⁹¹.

⁹⁸⁸ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 481/1998 de 22 de Junio (AS 1999/2717)

⁹⁸⁹ SEBASTIAN LLORENTE, J.J.: “el pacto de no competencia postcontractual” Ob. cit. Pág. 370. Expresa el autor que “se puede pactar simultáneamente con el contrato con la adición de una clausula previsoría”

⁹⁹⁰ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 2250/2003 de 8 de abril (AS 2003/2255). Condena por incumplimiento del trabajador al pago de 5.000.000 de pesetas, en la misma cuantía que se había previsto en el pacto. STSJ de Murcia de 12 de Mayo de 2008 (JUR 2008/275938) condena al trabajador al abono de 1.803 euros por la compensación económica abonada, más el interés moratorio, y a 23.529,51 euros por la indemnización de daños y perjuicios, decretando las sanciones conforme a lo se había acordado en el pacto.

⁹⁹¹ MORENO DEL TORO, C.: “El pacto de abstención postcontractual...” Ob. Cit. Pág. 907.

Es lícita y válida la incorporación de la cláusula penal en el pacto de no competencia postcontractual, sea esta acordada al momento de suscribir el pacto o con posterioridad, aunque ligada al contenido del pacto.

La STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social), núm. 69/2008, de 6 de febrero (AS 2008/1095), declara la licitud de las cláusulas penales en el marco de un pacto de no competencia postcontractual, y niega que estas constituyan multas de haber, pues tienen lugar en el desarrollo de una relación laboral, y no cuando ha finalizado la relación laboral. La STS (Sala de lo Social), de 16 de Mayo de 2005 (RJ 2005/3510), explica que “las partes, pueden pactar perfectamente este tipo de cláusulas y su utilidad estriba en que el hecho de hacer uso de tales cláusulas penales aquella parte favorecida por ellas en cada caso, evita la necesidad de acreditar la existencia de un perjuicio y la concreción de su cuantía, pues, en todo caso, el hecho de acudir a la realización de la «pena», resulta ya incompatible con la posibilidad de reclamar indemnización de perjuicios, aun cuando éstos pudieran existir y, en caso de que existieran, sea cual fuere su cuantía”

La jurisdicción social es competente para conocer sobre la validez y graduación de la cantidad estipulada en la cláusula penal por derivarse de una relación laboral.

Respecto al monto de la cláusula penal, destaca la STS Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social) núm. 717/2010, de 27 de Mayo (AS 2011/9,) que esta no puede ser superior a lo abonado por el empresario al trabajador. En esa línea, la STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social), núm. 69/2008 de 6 de febrero (AS 2008/1095), declara nula la cláusula indemnizatoria que establece el doble de lo compensado. Esta sentencia entiende que “la prohibición de la renuncia a derechos del trabajador contenida en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, impide exigir una indemnización por incumplimiento del pacto de no competencia que sea superior a la compensación abonada”. Complementa, así mismo, la nulidad de la cláusula penal del pacto de no competencia en cuanto excede de dicha cantidad, lo que no conlleva la nulidad de la totalidad de dicha cláusula penal, ni tampoco la del

pacto, dado que el artículo 1155 del Código Civil dice que la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal.

Así mismo, la STS (Sala de lo Social), de 30 de Noviembre de 2009 (RJ 2010/252), señala que la tesis correcta es aquella que, ante la nulidad parcial de la cláusula penal por desproporcionada al fijarse en el doble de lo estipulado como compensación económica, ordena la devolución de lo percibido bajo este concepto, añadiendo que “la cláusula que sólo sanciona con la devolución de lo percibido en compensación del pacto de no concurrencia no es más que la proporcionada consecuencia del incumplimiento del pacto por el trabajador, establecida expresamente en el propio acuerdo. Y como quiera que ésta ha sido, precisamente, la solución adoptada por la sentencia recurrida en razón a que la desproporción no alcanza a la obligación de reintegro de la exacta cantidad obtenida por el empleado, la conclusión que se impone, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 9.1 del ET cuando establece la validez de lo que no resulte nulo”⁹⁹²

No obstante, la STS (Sala de lo Social) de 9 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1443) declaró previamente la validez de la cláusula penal por valor del doble del monto fijado como compensación económica ya que ésta no entraña renuncia anticipada de derechos indisponibles del trabajador, aunque no entró a controvertir el carácter abusivo de la misma.

La fijación de una indemnización desproporcionada, en relación con la cantidad establecida como compensación, permite declarar la nulidad de la cláusula indemnizatoria por abusiva y contraria a la ley, conforme a lo establecido en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 6523/2002 de 15 de Octubre (AS 2002/3181), que extrapola lo dispuesto en el art. 4 de la Ley 7/1998, basándose en los razonamientos jurídicos de la STS (Sala de lo Social), de 21 de Diciembre de 2000 (RJ 2001/1869), realizados en el marco de un pacto de permanencia en el que hay una notorio desequilibrio entre la remuneración del pacto y la indemnización por incumplimiento del trabajador,

⁹⁹² Explica la sentencia que la sentencia impugnada aplica correctamente la teoría de ordenar la devolución de lo percibido por compensación económica.

así como una duración excesiva, que constituye un claro ejemplo de abuso de posición dominante del empresario.

En consecuencia, el trabajador no está obligado a indemnizar al empresario por incumplimiento del pacto si la indemnización estipulada es desproporcionada, además de que la cantidad abonada por compensación económica era irrisoria y la duración excesiva, en una clara demostración de “desequilibrio contractual que roza el abuso del derecho”⁹⁹³.

Para finalizar, cabe aludir brevemente a algunos aspectos procedimentales. Para comenzar cabe destacar que la carga de la prueba corresponde a quien alega la infracción. Los tribunales propugnan la flexibilidad en la acreditación de la prueba de la concurrencia del antiguo trabajador que corresponde a la empresa beneficiaria de la prohibición. Resalta la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), núm. 843/2010, de 29 de Octubre (AS 2011/30), que “debe seguirse un criterio de cierta flexibilidad, en el sentido de no exigir una prueba diabólica, en muchos casos prácticamente imposible, de las situaciones concretas en que la concurrencia prohibida haya tenido lugar bastando en estos casos con acudir a criterios razonables de probabilidad objetiva”⁹⁹⁴.

Los términos para la prescripción señalados en el art. 59.1 ET para la acción de solicitud de devolución de la compensación empiezan a contarse desde el momento que el empresario tenga conocimiento del incumplimiento contractual del trabajador en virtud de lo dispuesto en el art. 1969 C.C. La prescripción afecta “no las cantidades que correspondan al período de un año anterior a la fecha del ejercicio de la acción, sino la reclamación completa que el empresario tenía derecho a ejercitar -y no haya ejercitado- desde que conoció el incumplimiento del pacto por parte del trabajador. Otro entendimiento conduciría al absurdo de que, en los casos en que el empresario tuviese conocimiento tardío de dicho incumplimiento, o bien éste se produjese

⁹⁹³ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Social) núm. 1950/2007 de 23 de Mayo (AS 2007/2837)

⁹⁹⁴ Así también lo expone, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 461/2008 de 27 de Mayo (JUR 2008/284204).

después del primer año de período postcontractual -cuando el pacto abarque más tiempo- quedase cerrada toda posibilidad de recuperar lo abonado durante la vigencia del contrato, colocando al empresario en una situación material de indefensión ante el enriquecimiento injusto del trabajador que incumple lo pactado”⁹⁹⁵.

45.2 Incumplimiento del trabajador y del empresario

El trabajador que ha visto defraudado el cumplimiento de la obligación por su contraparte puede recurrir a los tribunales judiciales para exigir la ejecución de la prestación consistente en el pago de la compensación económica. Conforme al art. 1124 C.C., podrá asimismo optar por la resolución contractual y recuperar su libertad de participar en el mercado laboral⁹⁹⁶.

No se considera que exista incumplimiento del trabajador cuando la duración de la relación laboral es muy corta, debido a que implica un desequilibrio de las obligaciones bilaterales de las partes un pacto de no competencia postcontractual por duración de dos años incorporado en una relación laboral pactada inicialmente de tres meses⁹⁹⁷, incluso en un contrato temporal de seis meses⁹⁹⁸.

La escasa duración puede impedir también que se genere el efectivo interés industrial o comercial, y ocasionar la nulidad del pacto. Así lo estimó la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social). núm. 342/2003, de 21 de Enero (JUR 2003/55058), respecto a un pacto de no competencia postcontractual que se

⁹⁹⁵ STS de 25 de Octubre 2010 (RJ 2010/8456)

⁹⁹⁶ MORENO DEL TORO, C.: “El pacto de abstención postcontractual...” Ob. Cit. Pág. 906. Explica que si el empleador incumple, el trabajador recupera su libertad.

⁹⁹⁷ STSJ de C. Valenciana núm. 2942/2004 de 8 de Octubre (AS 2004/3689). Aunque la relación laboral duro realmente más de dos años, lo cierto es que inicialmente la relación laboral fue pactada por un periodo de 3 meses, por lo que resulta abusiva la cláusula que establece un pacto de no competencia postcontractual de 2 años.

⁹⁹⁸ STSJ de Madrid de 20 de octubre de 2008 (AS 2008/3148). Pacto de no competencia postcontractual de 2 años de duración concertado en un contrato temporal de 6 meses.

genera en virtud de una relación laboral extinguida a los dos meses y medio, en el periodo de prueba⁹⁹⁹. No obstante, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en sentencia de 14 mayo 2009 (*RJ 2009\3001*) ha establecido que la finalización de la relación laboral en el periodo de prueba no afecta a la existencia del pacto, ya que esta etapa de la relación laboral “no afecta a la eficacia jurídica de los pactos establecidos para surtir efectos después de extinguido el contrato como ocurre con el pacto de no competencia postcontractual. Durante el periodo de prueba el contrato surte sus plenos efectos como si se hubiese celebrado sin condicionamiento resolutorio alguno, y, si se activa esta condición resolutoria, cesarán sus efectos, salvo aquellos pactados precisamente para después de extinguido, del mismo modo que si la extinción hubiese tenido lugar después del transcurso de dicho período de prueba”.

Si no hay un riesgo de competencia del trabajador, como en las situaciones de jubilación, no puede estimarse que exista incumplimiento del empresario¹⁰⁰⁰, pues habría ausencia de un elemento indispensable del pacto, que es el efectivo interés industrial y comercial.

Como se ha mencionado previamente, el interés empresarial y la compensación adecuada que fundamentan la existencia del pacto producen, ante su ausencia, la anulación de la eficacia del pacto y la liberación del cumplimiento de las partes. De esta manera, el empresario, cuyo interés empresarial se extingue, puede acudir a los órganos judiciales para demostrar la ausencia de interés y eximirse del cumplimiento del mismo¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁹ STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 342/2003 de 21 de Enero (JUR 2003/55058) Trabajador solicita que le paguen la compensación económica del pacto, pero el tribunal avala que no se le pague, porque entiende que la corta duración de la relación laboral (2 meses y medio) extinta durante el periodo de prueba, no permite que haya un efectivo interés industrial, además de que en el finiquito el empresario no exigió el cumplimiento del pacto.

¹⁰⁰⁰ MARTIN VALVERDE, A, GARCIA MURCIA, J.: “*Tratado práctico de derecho del trabajo*. Vol. II” Ob. cit. p.119.

¹⁰⁰¹ SEBASTIAN LLORENTE, J.J.: “El pacto de no competencia postcontractual” Ob. cit. Pág. 371.

El trabajador también puede solicitar la indemnización por daños y perjuicios ante la declaración de nulidad del pacto por ausencia de fijación de la cuantía de la compensación económica adecuada. Precisamente, la STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social), núm. 283/2012, de 26 de Abril (AS 2012/2537), no decreta el pago de la compensación económica por la nulidad del pacto, pero reflexiona sobre la pertinencia de una acción por daños y perjuicios, que estaría llamada a prosperar en caso de que el trabajador demostrara un rechazo de empleo o una retribución inferior por no poder realizar determinadas tareas.

45.3 Imposibilidad de desistimiento unilateral empresarial

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución Española de 1978, el empresario era el único habilitado a renunciar al pacto con el único condicionamiento de preavisar al trabajador¹⁰⁰². A día de hoy, la doctrina judicial ha dejado claro que el cumplimiento de las obligaciones del pacto no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes.

La STS (Sala de lo Social) de 15 de enero de 2009 (RJ 2009, 653) unifica doctrina para aclarar que no tiene validez la cláusula que autoriza el desistimiento unilateral empresarial. El Alto Tribunal proscribe, por tanto, la facultad resolutoria unilateral en los pactos de no competencia postcontractual por vulnerar el equilibrio contractual que ampara los intereses de las dos partes, al estimar el carácter abusivo de este tipo de cláusulas, conforme a lo establecido en el art. 6.3. C.C. y 1256 C.C.¹⁰⁰³.

El evento o condición que determina la exigencia de la obligación de abstención del trabajador es la finalización de la relación laboral, sin que la prematura ruptura del vínculo laboral afecte la validez del mismo. Por tanto, el

¹⁰⁰² SEBASTIAN LLORENTE, J.J.: “el pacto de no competencia postcontractual” Ob. Cit. Pág. 371.

¹⁰⁰³ Coincide el argumento jurisprudencial con el consignado en la STS de 5 de Abril de 2004 (RJ 2004, 3437).

pacto de no competencia postcontractual despliega su eficacia aunque la relación laboral finalice en el periodo de prueba, situación que no conlleva a la reducción de la duración de la obligación de abstención postcontractual ni al ajuste a la compensación económica¹⁰⁰⁴. La STS (Sala de lo Social) de 9 de febrero de 2009 (RJ 2009, 621) puntualiza que la facultad unilateral de resolución del contrato de trabajo vigente durante el periodo de prueba “no afecta a la eficacia jurídica de los pactos establecidos para surtir efectos después de extinguido el contrato como ocurre con el pacto de no competencia postcontractual”.

Más recientemente, la STS (Sala de lo Social) de 8 de Noviembre de 2011 (RJ 2012/1233) expone la imposibilidad de la decisión unilateral empresarial, afirmando “el pacto de no competencia genera por el trabajador no solo la expectativa de una indemnización, sino la necesidad de prepararse para una futura o futurible actividad nueva con nuevas expectativas que pueden quedar frustradas por una decisión unilateral como la producida. No cabe duda, en definitiva, de que siendo la naturaleza jurídica del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, la de un pacto o acuerdo bilateral en cuanto generador de derechos y obligaciones para ambas partes, la posibilidad de modificarlo o extinguirlo no puede dejarse a la decisión unilateral de una de las partes y, por ello, debe tenerse por nula la cláusula que así lo establezca. Lo anteriormente expuesto no es óbice para afirmar que por acuerdo de las dos partes el pacto puede extinguirse antes del tiempo inicialmente convenido”¹⁰⁰⁵.

45.4 Efectos del incumplimiento a terceros

A la luz de lo que disponían las LCT de 1931 y de 1944, la interpretación doctrinal configuraba la obligación de no competencia postcontractual como ex lege. En este contexto la doctrina argumentaba que la obligación surtía efectos

¹⁰⁰⁴ STS de 9 de febrero de 2009 (RJ 2009, 621)

¹⁰⁰⁵ DE VALTENA, A.L.: “El pacto de no concurrencia en el derecho español” *temilavoro.it. vol. 5*, núm. 1 del 2013. Pág. 10.

no solo para el empresario y el trabajador, sino también efectos para terceros. La nueva interpretación doctrinal a raíz de la promulgación de la carta magna de 1978 y del ET/1980 que entendía la nueva naturaleza de origen contractual de la obligación de no competencia postcontractual, no genera efectos hacia terceros, dado que solo vincula a las partes que acordaron realizar el compromiso¹⁰⁰⁶.

La STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social), núm. 738/2013, de 30 de Abril (JUR 2013/32029), expresa que, “con carácter general puede decirse que las pretensiones de condena a un dar, hacer o no hacer, esto es, de naturaleza obligacional, sólo pueden esgrimirse contra quienes son titulares de las correspondientes relaciones jurídicas”

En este orden de ideas, esta obligación de no hacer no vincula a los terceros; por tanto, no puede exigírseles coactivamente a estos. De esta manera, la relación laboral que se establezca entre un nuevo y un antiguo trabajador de una empresa de la competencia no podrá declararse nula¹⁰⁰⁷. Al respecto, explica Cancio Fernandez que es prácticamente imposible que por vía judicial se ordene la inhibición de la actividad del antiguo trabajador o la nulidad del contrato laboral que le vincula con la nueva empleadora, descartando de pleno incluso la aplicabilidad de la acción rescisoria para el nuevo contrato de trabajo ya que la obligación pactada es “*res inter alios acta*”, es decir, no genera efectos a terceros que no estaban vinculados en el pacto¹⁰⁰⁸.

A pesar que del incumplimiento del empleado que se integra a una unidad empresarial no puede derivarse ninguna responsabilidad directa en el

¹⁰⁰⁶ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Limites a la competencia...” Ob. Cit. Pág.33

¹⁰⁰⁷ Ibídem. Pág. 34.

¹⁰⁰⁸ CANCIO FERNANDEZ, R.C.: “El incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual. Aspectos procesales” A.L. No 31. 2000. Pág. 522. Fundamenta su posición de no afectación a terceros en el estudio comparado, citando a Camerlitznck y Lyon-Caen que indican que el nuevo contrato laboral no es afectado por nulidad ya que la cláusula es *res inter alios acta*.

ámbito laboral para la nueva empleadora, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 5899/2010, de 17 de Septiembre (JUR 2010/375192), declaro que ésta puede ser llamada a juicio, aunque no para configurarse un litis consorcio pasivo necesario, sin que esto constituya temeridad, arbitrariedad o mala fe, dado que se pudo constatar cierta grado de participación en la concurrencia del trabajador del que podría derivarse unas futuras acciones en la jurisdicción civil.

El pacto de no competencia postcontractual puede extinguirse de distintos modos: porque ha expirado la duración establecida para la obligación de abstención, por mutuo acuerdo de las partes pero nunca por decisión unilateral, por la desaparición del efectivo interés industrial o comercial del empresario, por causas validas acordadas en el pacto o en el contrato de trabajo que respeten la ley, la moral, el orden público, que sean conformes a la buena fe y no incurra en abuso de derecho¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁹ CHARRO BAENA, P.: "El pacto de no competencia postcontractual" Ob. Cit. Pág.178 ss. Cabe aclarar respecto a la extinción del pacto de no competencia postcontractual por extinción del efectivo interés industrial o comercial del empresario que esta opción no equivale al desistimiento unilateral del empresario, sino a situaciones como el cierre de la empresa, u otras. En todo caso, el trabajador podrá acudir a la jurisdicción social para que dirima la procedencia de la extinción por esta causa.

46. CONCLUSIONES

- I. El ordenamiento laboral proscribe la concurrencia del trabajador al empresario en un mandato genérico consagrado en el art. 5.d ET, que se concreta en las prohibiciones de competencia del trabajador comprendidas en los arts. 21.1 y 21.2 ET relativas a la prohibición de concurrencia desleal y el pacto de no competencia postcontractual, respectivamente. El régimen jurídico se complementa sin trascendentes modificaciones por lo dispuesto por la normativa específica para algunas relaciones laborales especiales, en específico para las relaciones de alta dirección y las de los operadores mercantiles sin asumir riesgo y ventura.
- II. Sus orígenes normativos se remontan a la legislación mercantil relativa a los navios y dependientes de comercio, para posteriormente ser incorporada a la legislación laboral en las LCT y en el ET con una evolución con tendencia a la disminución de la extensión del ámbito objetivo, ya que se pasó, por un lado, de una prohibición absoluta o total de la concurrencia desleal, a una prohibición que requiere del elemento de deslealtad y, por otro lado, de una prohibición legal de concurrencia postcontractual por 4 años y 2 años para obreros y no obreros a una prohibición que requiere el acuerdo de voluntades y por una duración inferior a 2 años y 6 meses, respectivamente.
- III. Las prohibiciones de competencia en el ámbito laboral se establecen junto a otros mecanismos de protección empresarial previstos en el art. 21 ET, estos son el pacto de plena dedicación y el pacto de permanencia, que son temáticamente inconexos con nuestro tema, ya que obedecen a institutos jurídicos diferentes con finalidades distintas. Estos mecanismos de defensa de la unidad empresarial en el ámbito laboral se ven complementados por los previstos por el legislador en diferentes áreas del derecho. En materia mercantil, la Ley de competencia desleal, Ley de defensa de la competencia, la legislación sobre marcas y patentes, incluyendo en materia

penal los delitos relativos a la propiedad industrial, sobre derechos de autor, secreto empresarial y demás delitos sobre el mercado y consumidores. Puede presentarse confusión entre las prohibiciones laborales de competencia y la Ley de competencia desleal y la Ley de defensa de la competencia debido a la coincidencia terminológica y a que abordan la competencia en el mercado, pero desde perspectivas disímiles. De este modo, no puede concluirse que la prohibición de concurrencia desleal sea una expresión ni de la Ley de concurrencia desleal, ni de la Ley de Defensa de la competencia.

- IV. Las prohibiciones contenidas en el art. 21.1 y 2 ET tienen como finalidad general la protección de la libertad de empresa amparada en el art. 38 CE, en cuanto a que protegen los intereses patrimoniales del empresario, procurando que no sea perturbado por la competencia del trabajador, que presenta la peculiaridad de representar mayor lesividad por las funciones que desempeñaba y la posición que ocupaba dentro de la organización empresarial. Se enfrenta por tanto la libertad de empresa contra la libertad de trabajo, resultando en la armonización de intereses contrapuestos en los que hay una preferencia por el interés empresarial, pero limitada, justificada y compensada en el caso del pacto de no competencia postcontractual, a favor del trabajador. En síntesis, aunque se procure la protección del interés empresarial, esto no significa el perjuicio oprobioso de los intereses del trabajador.
- V. Las prohibiciones de competencia del trabajador son obligaciones negativas de distinta naturaleza: la prohibición de concurrencia desleal obedece a un mandato legal, y la prohibición de competencia postcontractual es de naturaleza contractual, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. De esta distinta naturaleza se desprenden también otros aspectos disímiles, como el carácter inherente a la relación laboral y la ausencia de obligatoriedad de la remuneración de la obligación de la concurrencia desleal, en contraste con el pacto de no competencia postcontractual. Así también, el deber legal de no concurrencia desleal se

diferencia respecto al pacto de no competencia postcontractual en que no es modificable por acuerdo de voluntades y tiene un mayor ámbito subjetivo ya que vincula a todos los trabajadores, a diferencia del pacto que solo vincula al trabajador que concierte la obligación con su empresario.

- VI. Las abstenciones a la competencia del trabajador tienen una estrecha relación con el principio de buena fe contractual. En especial la prohibición de concurrencia tiene su fundamento en éste, siendo incluso una manifestación muy específica de aquel. Menor conexión presenta el pacto de no competencia postcontractual, aunque es necesario reconocer que en sus orígenes normativos en que estaba configurado como obligación legal pudiera percibirse claramente que era una derivación más del deber de buena fe contractual. No obstante, en la actualidad no puede afirmarse que sea una expresión de aquel, debido a que el deber de buena fe contractual obliga solo mientras está vigente la relación laboral (aun en supuestos de suspensión del contrato de trabajo), por lo que, el fundamento del pacto de no competencia postcontractual reside en otro principio, en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.
- VII. A pesar de que la interpretación de la concurrencia desleal ha ido siendo interpretada por los órganos judiciales desde perspectivas más restrictivas, la imposición generalizada del despido como sanción disciplinaria por infringir la abstención sin observancia de la teoría de la graduación de la sanción repercute en sanciones excesivas y desproporcionadas en relación a la magnitud de la infracción cometida.
- VIII. El régimen jurídico de la prohibición de concurrencia desleal no se limita exclusivamente al art. 21.1 ET; también incluye el art. 54 d., que posibilita que la infracción por concurrencia desleal pueda ser sancionada por despido disciplinario. De la casuística consultada se desprende que en muchos pronunciamientos judiciales no se aplica el principio de gradualidad, avalándose el despido del trabajador por concurrencia desleal cuando la entidad de la infracción no lo amerita.

- IX. A pesar de que la evolución de la interpretación de la concurrencia desleal ha ido disminuyendo su amplitud, siguen existiendo numerosos pronunciamientos judiciales que no valoran la nota característica de deslealtad que debe estar presente en la infracción, ya que la mera y simple concurrencia no está prohibida; al contrario, es absolutamente legal con la salvedad de no incurrir en deslealtad con su empresario. De esta manera sigue primando la definición judicial ampliamente reseñada, que identifica la concurrencia desleal con "realizar tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando en virtud del contrato de trabajo, sin consentimiento de su empresario" sin que se incorpore el concepto de la deslealtad.
- X. El criterio predominante para estimar la concurrencia es la comparación de objetos sociales entre las empresas involucradas en la infracción del trabajador por concurrencia desleal. Si bien es cierto que este criterio es de mayor precisión que concluir que son concurrentes porque desarrollan su actividad en la misma área o sector de producción, hay que reconocer la cuestionable amplitud de los objetos sociales que incluyen actividades que efectivamente no realizan. Por tanto, un criterio de mayor precisión es la verificación de coincidencia de los bienes o servicios ofrecidos por las empresas.
- XI. La admisión del perjuicio potencial, que deriva en la sanción de los actos preparativos de la concurrencia desleal, ha conllevado a preservar el desarrollo de la actividad empresarial pero también en algunas ocasiones minoritarias, según mi percepción, a coartar lícitas iniciativas de los trabajadores en situaciones que en principio no podrían estimarse perjudiciales para el empresario, como reuniones con la empresa competidora o la inscripción de la empresa en el registro mercantil.
- XII. El pacto de no competencia resulta del acuerdo de voluntades en su vertiente individual, debido a que conlleva la limitación del derecho al

trabajo, no siendo posible que la obligación sea impuesta por negociación colectiva. No obstante, por convenio colectivo se puede condicionar el acceso a ciertos cargos a la celebración del pacto de no competencia postcontractual y regular ciertos aspectos, como la duración mínima o máxima del pacto de no competencia postcontractual, aunque sin ir en contravía de las disposiciones legales.

XIII. Podría plantearse que la consagración expresa de las prohibiciones de competencia del trabajador son prescindibles ya que la sanción ante el incumplimiento podría ampararse con suficiencia por otras normas. De este modo la competencia del trabajador durante la relación laboral podría estar cobijada por las normas relativas al principio de la buena fe contractual y posterior a finalización de la relación laboral por la Ley mercantil de competencia desleal, e incluso, por la normativa civil para los contratos en cuanto a la posibilidad de pactar la no competencia postcontractual bajo ese régimen. No obstante, la expresa consagración normativa está plenamente justificada, ya que establece requerimientos particulares para cada una de las dos instituciones que conforman las prohibiciones de competencia, dotándolas de una singularidad propia no subsumible en otra normativa. En suma, la explícita normativa sobre esta materia es necesaria y justificada, pues su omisión podría derivar en menor eficacia y en límites difusos que resultarían incluso perjudiciales para las libertades del trabajador, en especial relación al tránsito del pacto de no competencia postcontractual de la normativa laboral a la normativa civil.

XIV. Teniendo en cuenta el marco normativo reseñado de las prohibiciones de competencia del trabajador, se desprende que el empresario tiene eficaces herramientas para contener y limitar la competencia del trabajador que pueda resultar perjudicial para su unidad empresarial, aunque sea necesario precisar algunos elementos que las conforman, que permitan una mayor seguridad jurídica y coherencia en los pronunciamientos judiciales.

- XV. No es cuestión de anular la labor interpretativa de los órganos judiciales tan valiosa y útil en la adecuación de los conceptos a la realidad social imperante. Sin embargo, podría dotarse de mayor claridad o uniformidad a ciertos conceptos sin repercutir negativamente en la interpretación judicial.

En específico, algunos elementos que podrían ser mejor perfilados en el pacto de no competencia postcontractual, son:

- Los requisitos de validez del pacto refieren a conceptos indeterminados de difícil valoración, como la “adecuación” de la compensación y la “efectividad” del interés industrial o comercial. No hay un sistema legal que permita cuantificar la compensación económica en aras de atribuirle la suficiencia necesaria para estimar la presencia de este requisito de validez del pacto. Para mayor precisión, podrían sentarse unos criterios de valoración objetivos, como el último salario devengado, con independencia de la extensión de la prohibición, ya que a pesar de que la prohibición tan solo afecte a la actividad que realizaba el trabajador es utópico pensar que pueda emplearse para una ocupación u oficio distinto al habitual, sobre el cual versan sus habilidades profesionales.
- A pesar de que es doctrina jurisprudencial consolidada aquella que refiere la nulidad de las cláusulas de renuncia unilateral, estas podrían ser útiles si la manifestación del empleador se realiza con un periodo prudente de anticipación a la aplicación del pacto que podría plantearse en 3 o 6 meses, que permita al trabajador reformular sus expectativas laborales sin contar con el ingreso que supondría el abono de la compensación económica. Esto aportaría flexibilidad al requisito del interés efectivo sin que repercutiera negativamente en los intereses del trabajador.
- Debido al concepto amplio de técnicos, puede variar la inclusión de los trabajadores con funciones comerciales como jefe de ventas, director comercial o simple comercial, por lo que se pueden entrar en

contradicciones respecto a quienes son conocedores de las técnicas de comercio. Sin embargo, es difícil plantear una premisa general que permitiera en principio excluir o incluir a los trabajadores como técnicos, por lo cual lo más adecuado es valorar las características particulares de cada caso siguiendo una interpretación restrictiva, teniendo en cuenta el carácter excepcional del pacto de no competencia postcontractual.

- La norma no establece un periodo máximo para concertar el pacto con posterioridad a la finalización de la relación laboral, por lo que podrían presentarse dificultades en determinar cuando existe o ha desaparecido el nexo causal necesario para la celebración del pacto, pudiendo incorporarse un periodo máximo de 6 meses o 1 año después del cual sería imposible pactar la prohibición de competencia postcontractual.

...

BIBLIOGRAFÍA

AGRA VIFORCOS, B.:

- “Efectos de la novación contractual por jubilación parcial en la compensación adecuada acordada en pacto de no competencia postcontractual suscrito al inicio de la relación laboral”. A.S. núm. 18/2008 paraf 65/2008. BIB 2008/3020.
- “La gravedad de la competencia desleal como requisito de necesaria concurrencia para imponer la sanción de despido” *R.L.* No 2. 2003.
- “La competencia desleal (art. 21.1 del Estatuto de los Trabajadores) en el desarrollo de la relación laboral: ¿Cuándo puede tener lugar la infracción? Civitas. *REDT*, No 112, 2002.

ALARCÓN CASTELLANOS, M.M: “La difícil delimitación entre el precontrato y el contrato de trabajo de ejecución futuro. Comentario a la STSJ Castilla-La Mancha de 20 enero 2000 (AS 2000, 1206)”, AS, núm. 7, 2000.

ALARCON CARACUEL, M.R.: “El derecho de asociación obrera en España (1839-1900)” *Ediciones de la Revista del Trabajo*. Madrid. 1975.

ALCÁZAR ORTIZ, S, et al.: “Régimen jurídico de la relación laboral especial del personal de alta dirección”. Trabajo realizado en el marco del Proyecto “Derecho del Trabajo y Crisis Económica: del diálogo social a las intervenciones normativas”. Referencia DER2010-16914 del Ministerio de Ciencia e Innovación. También forma parte de las líneas de investigación del Grupo de Investigación Consolidado del Gobierno de Aragón S07 Derecho del Trabajo. Universidad de Zaragoza y del Grupo de Investigación.

ALCAZAR ORTIZ, S., DE VAL TENA, A.L.: “Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa” *R.L.* No 3, 1995.

ALONSO OLEA, M, CASAS BAAMONDE, M.E.: *"Derecho del trabajo"* 24ª. Ed. Ed. Thomson Aranzadi. Madrid. 2006.

ALVAREZ DE LA ROSA, M.: *"La construcción jurídica en el contrato de trabajo"* Ed. Comares. Granada. 2011.

AZNAR GINER, E.: *"Las negociaciones o tratos preliminares al contrato. Doctrina y jurisprudencia"*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010.

BACIGALUPO ZAPATER, E.: "La protección penal de los derechos industriales" Revista electrónica de ciencia penal y criminología, ISSN-e 1695-0194, Nº. 3, 2001.

BALLESTEROS GARRIDO, J.A: *"Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad"*. Ed. Bosch. Barcelona. 1999.

BAYLOS GRAU, A., "La prohibición de concurrencia desleal. Notas sobre la evolución legal y jurisprudencial" *Temas Laborales*, núm. 8, 1986.

BAYON CHACON, G: *"La autonomía de la voluntad en el derecho del trabajo: limitaciones a la libertad contractual en el derecho histórico español"* Ed. Tecnos. Madrid. 1955.

BARRIOS BAUDOR, G.L, et, al: *"Asesor Laboral"* 4ta Ed. Ed. AS. Navarra. 2013.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.:

- *"Comentarios al Código Civil"* 3ª Ed. Ed, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2009.
- *"Tratado de contratos"* Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

BLASCO PELLICER, A.: "La autonomía individual en el sistema de fuentes de la relación laboral" en AS, núm. 17. 2005.

BORRAJO DACRUZ, E.: *“Introducción al derecho del trabajo”*. 21ª Ed. Tecnos. Madrid. 2012.

BOTANA LÓPEZ, J.M: “Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral”. *RMTAS* No 38. 2002.

BUEN LOZANO, N., MORGADO VALENZUELA, E.: *“Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social”* 1º Ed. instituto de investigaciones jurídicas: estudios doctrinales, No. 188. 1997.

CABEZA PEREIRO, J., et al: *Tiempo de trabajo*. Ed. Bomarzo, Albacete, 2011.

CANCIO FERNANDEZ, R.C.: “El incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual. Aspectos procesales” *A.L.* No 31. 2000.

CASAS BAAMONDE, M. C, et al.: *“Las transformaciones del derecho al trabajo en el marco de la Constitución Española”*. Ed. La Ley. Madrid. 2006.

CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: *“Prohibición de competencia y contrato de trabajo”* 1ª Ed. Ed. Ministerio de Trabajo. Madrid. 1977.

CAVAS MARTINEZ, F.: “Suspensión del contrato de trabajo y reducciones de jornada por causas objetivas” *Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales*, No 22, 2009.

CIDONCHA, A.: *“La libertad de empresa”* 1ª Ed. Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

CISCART BÈA N., RODRÍGUEZ SÁNCHEZ R.: “Prohibición de concurrencia y excedencia voluntaria”. *Aranzadi Social vol. V* parte Estudio. 1998.

CONDE MARIN, E.: *“La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento integrador del contrato de trabajo”* 1ª ed. Ed. La ley. Madrid. 2007.

CRISTÓBAL RONCERO, R.: *“Suspensiones y excedencias del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”* RMTI. No. 93, Junio 2011.

CHARRO BAENA, P.:

- “Nota sobre la posibilidad de fijar en convenio colectivo la abstención de la actividad competitiva postcontractual de los trabajadores de telefónica” *Aranzadi Social*, vol II, 1998 pág. 2539 y ss.
- “El pacto de no competencia postcontractual. *R. L.* No 1. 1995.

CHARRO BAENA, P., SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.: “Libertad de trabajo durante las vacaciones” AS No 5, 2003.

DALMASSO, E.I.: “Un análisis sobre el alcance del reconocimiento del derecho al trabajo en la Constitución Española”. *Boletín Aranzadi Laboral* No 46. 2003.

DE LA VILLA GIL, L.E.: “El empresario laboral” Ed. Tirant La Blanch. 1º. Ed. Valencia. 2010.

DE VAL TENA, A.L.:

- “El incumplimiento del deber de no concurrencia como justa causa de despido disciplinario”. *A.S No 18. 2000 paraf. 69. Base de datos westlaw. Archivo en soporte informático. BIB 2000\2004.*
- “El pacto de no concurrencia en el derecho español” *temilavoro.it.* vol. 5, n. 1 del 2013. PÁG. 10.
- *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 17

DIEZ-PICAZO, L.:

- *“Fundamento de derecho civil. Vol. I”.* 6ª Ed. Ed Thomson civitas. Navarra. 2007.

- *“Sistema de derecho civil. Vol. II”* 9ª Ed. Ed. Tecnos. Madrid. 2005.
- *“Fundamentos del derecho civil patrimonial”* Vol. II. 5 Ed. Ed. Civitas, Madrid, 1996.

DIEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: *“Sistema de derecho civil. Vol I”* 12ª ed. Ed. Tecnos. Madrid. 2012.

DIVAR, J.: *“La empresa y el empresario”*. Ed. Dykinson. Madrid. 2006.

ESCUDERO MORATALLA, J.F., FRIGOLA VALLINA, J., et al: La jurisprudencia de la buena fe en el contrato de trabajo, desde el prisma de la uniformidad. BIB 1996\57. AS vol. IV. 1996.

ESPUNY TOMAS, M. J., et al: *“Los obreros del comercio. Un análisis histórico jurídico de la dependencia mercantil catalana”*. Ed. Dykinson s.l. Madrid, 2011.

ESPUNY TOMAS, M.J., GALA DURAN, C: *“Ordenación jurídica de las relaciones laborales (I)”*. Ed. Universitat Oberta de Catalunya. 2002.

ESQUIBEL MUÑOZ, U.: *“Las denominadas cláusulas de rescisión del contrato de los deportistas profesionales”* Ed. Dykinson. Madrid. 2005.

FERNANDEZ ALBOR BALTAR, A.: *“Prohibiciones de competencia en la sociedad de responsabilidad limitada”* Ed. Tirant La Blanch. 1ª Ed. Valencia, 2005.

FERNÁNDEZ-NÓVOA, C, et al: *“Manual de la propiedad industrial”*. 2ª edición. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2013.

FERNÁNDEZ RUIZ J.L., MARTÍN REYES M.A: *“Fundamentos de derecho mercantil. Tomo I: Concepto y fuentes, empresa y empresarios individuales y sociales. Primera parte. Concepto y fuentes del derecho mercantil. 4ª ed. Edersa. 2004. ISBN: 84-8494-080-2. Extraído de: <http://vlex.com/source/458>*

GALIANA MORENO J.M.: "Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo" *RMTI*. No 68. 2007.

GARATE CASTRO, J.: "*Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo. Concepto, partes y modalidades del contrato de trabajo, salario, poder disciplinario del empresario y extinción del contrato de trabajo*" Ed. Netbiblo. La Coruña. 2007.

GARCÍA BLASCO, J.: "La Jurisprudencial constitucional relativa al derecho a la negociación colectiva" *Revista Andaluza de Trabajo y bienestar social*. núm. 76. 2004.

GARCÍA-CHAMON CERVECERA, E, et al: "*Tratado práctico de propiedad industrial*" Ed. El Derecho. 2010.

GARCIA MURCIA, J.: "*El sistema de fuentes de la relación laboral*" Ed. Universidad de Oviedo. Oviedo. 2007.

GARCÍA VIÑA, J.:

- "*La buena fe en el contrato de trabajo*" Especial referencia a la figura del trabajador. CES. Madrid. 2001.

- "El pacto de no concurrencia y permanencia en la empresa. Análisis de las sentencias de los tribunales superiores de justicia de los años 1998 y 1999" *Tribuna social*. Núm. 111, 2000.

GIL MORENO, O.: "*Código Civil y jurisprudencia concordada*" 4ª Ed. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2006.

GIORGI, J.: "*Teoría de las obligaciones en el derecho moderno. Vol. III*". 2da Ed. Ed Reus. 1978.

GOERLICH PESET, J.M., GUAMAN HERNANDEZ, A., et al.: "*Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*" 1ª Ed. CESS. Madrid. 2011.

GOMA SALCEDO, J.E.: *“Instituciones de derecho civil común y foral. Tomo II”* 2º Ed. Bosch. Barcelona. 2010.

GONZALEZ GONZALEZ, A.: *“El despido, cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta”* 1 Ed. Lex Nova. Valladolid. 2009.

GUAMAN HERNANDEZ, A.: *“Derecho del Trabajo y Legislación de defensa de la competencia”* 1ª Ed., Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

GUERRA FERNANDEZ, J.: “Sobre las causas de nulidad de los contratos privados” *Rev. D3 Derecho vLex* No. 11, Noviembre de 2003.

HERRERO GUILLEM, V.M., PRADOS DE SOLÍ, J.M. *“2000 soluciones laborales”* 3ra Ed. Ed. CISS. Madrid. 2007.

IGLESIAS CABERO, M, IGLESIAS SANZ B.: “Puntos críticos de la relación laboral de carácter especial de alta dirección. Manual Práctico Laboral. Capág. I. El Contrato de trabajo y las relaciones laborales. Extraído de Vlex.1999.

JIMENEZ SANCHEZ, G.J.: *“Derecho mercantil: concepto, método y fuentes”* 13ª Ed., Ed. Marcial Pons, Barcelona. 2009.

LASARTE ALVAREZ, C.:

- *“Principios de derecho civil. Tomo II. Derecho de obligaciones”*. 15 Ed. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2011.
- *“Principios del derecho civil. Contratos. Tomo III”* 14ª Ed. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2011.
- “La protección del consumidor como principio general del derecho” en *“Libro homenaje al profesor Manuel Albarejo García. I”* 1ª Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia 2004.

LASTRA LASTRA, J.M.: “Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo” *Revista de Derecho Privado Nueva Época*, No 5, 2003.

LOPEZ ANIORTE, M.C.: “*La competencia del trabajador con su empresa*” Aranzadi, D.L, Pamplona, 1997.

LÓPEZ GANDÍA, J.: “*Las relaciones laborales especiales*” Editorial Bomarzo, Albacete. 2008.

LUJAN ALCARAZ, J:

- “La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales, en *AS*, vol. 2 No 3, 2009.
- “La responsabilidad civil del empresario frente al trabajador en supuestos atípicos” en *AS*, Vol. V, 1999.
- “*Reflexiones sobre el papel actual de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*”. *BIB 1999\687* en *AS* vol. V parte Tribuna Editorial, Pamplona. 1999.

MARTINEZ ABASCAL, V.A., HERRERO MARTÍN, J.B.: “*Curso de derecho del trabajo*” Ed. Tecnos. Madrid. 2012.

MARTIN RIVERA, L.: “*El despido objetivo por necesidades de la empresa*” 1º Ed. Ed. Reus. Zaragoza. 2008.

MARTÍN VALVERDE, A.: “Constitucionalidad y legalidad en la jurisprudencia constitucional sobre condiciones de empleo y trabajo. Un estudio a través de sentencias recientes” *RMTI* No. 73. 2008.

MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCÍA, J.:

- “*Tratado práctico de derecho del Trabajo*” vol. I. 2º Ed. A.S. Navarra. 2012.
- “*Tratado práctico de derecho del trabajo. Vol. II*” 2º Ed. Ed. Aranzadi. Navarra. 2012.

MARTÍNEZ MOYA, J.: “El tiempo de trabajo: una visión jurisprudencial”. Rev. Trabajo y asuntos sociales. No 38. 2002

MARTINEZ GIRON, J. et al.: “Derecho del trabajo” Ed. Netbiblo. 2ª Ed. A Coruña. 2006.

MARZAL MARTINEZ, O. F.: “*Concurrencia, competencia y pacto de permanencia en la empresa*” en Manual Práctico Laboral. Instituto Español de Gestión y Dirección Empresarial. Madrid. 1999.

MERCADER URGUINA, J.: “La aplicación del Derecho del Trabajo por el Tribunal Constitucional.” En *RMTI* No 88, 2010.

MONTOYA MELGAR, A.:

- “*Derecho del Trabajo*” 30ª Ed. Ed. Tecnos. Madrid. 2009.
- “*Derecho del trabajo*” 33 ed. Ed. Tecnos. Madrid. 2012.
- “*La buena fe en el derecho del trabajo*” Ed. Tecnos. Madrid. 2001.

MORADILLO LARIOS, C.: “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial, los trabajos fijos discontinuos, el contrato de relevo y la jubilación parcial” en *RMTAS* No 44. 2003.

MORENO DEL TORO, C.: “El pacto de abstención postcontractual de la actividad competitiva” en Civitas. *REDT*. No 68. 1994.

NEVADO FERNANDEZ M.J. “*Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo*” Tecnos, DL, Madrid, 1998.

NOGUEIRA GUASTAVINO M.:

- “*La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*” Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- “*El pacto laboral de no competencia postcontractual*” Ed. McGraw Hill, 1ª Ed, Madrid, 1998.

- “La problemática jurídica de la compensación económica del pacto laboral de no competencia postcontractual” *Revista del Centro de Estudios Financieros*, 1997, núm. 175.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “Comentario al art. 35 CE”, en CASAS BAAMONDE, M.E.: “*Comentarios a la CE*”. Ed. Fundación Wolter Kluwer. Madrid. 2008.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.:

- “*Código Civil comentado y con jurisprudencia*” 1ª Ed. Editorial La Ley. Madrid. 1996.
- “*Compendio de Derecho Civil*” Tomo 2 (*Obligaciones y contratos*) vol. 1. Edersa. Madrid. 2004.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., ALVAREZ DE LA ROSA, M.: “*Derecho del trabajo*” 19ª Ed. Ed. Universitaria Ramón Areces. Madrid. 2011.

PAZ ARES, C, et al. “*Comentario a la Constitución española*” Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

PEDRAJAS MORENO, A: “El pacto de no concurrencia postcontractual: aspectos prácticos para su instrumentación, desde la óptica jurisprudencial” AS Núm. 7/2002 BIB 2002/1000.

PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T.: “*El pacto de no concurrencia postcontractual*” Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2005.

PEDRAJAS MORENO, A.: “La prohibición de concurrencia postcontractual. Estudio crítico del artículo 74 de la Ley de Contrato de Trabajo. *RT*. No 56. 1976.

PEREZ DE LOS COBOS, O.: “La autonomía de la voluntad y determinación del objeto de contrato de trabajo”. *A.L* No 21. 1992

PEREZ DE LOS COBOS, O.: *et al* “100 preguntas laborales sobre descentralización productiva”. Ed. La Ley. 1ª edición. Mayo 2011, Madrid.

PEREZ MOSTEIRO, A.C.: “*La reforma de la ley de competencia desleal*”. Ed. Difusión jurídica y temas de actualidad. Madrid. 2011.

PRATZ ALBENTOSA, L.: “*Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*”. Vol. II. Edit. Universitat de València. Valencia. 1996.

RAMOS QUINTANA, M.I.: “*La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)*”. 1ª Ed. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2002.

REVERTE NAVARRO, A: Artículo 1255 C.C. en ALBALADEJO, M., y DIAZ ALABART, S.: “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales” Tomo XVII, vol 1. Artículos 1254 a 1269 del C.C. Ed. Edera. Madrid. 1993.

RIVAS VALLEJO, P.: “*La suspensión del contrato de trabajo: Naturaleza jurídica y supuestos legales*”. Ed. Bomarzo, Albacete. 2007.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M, et al.: “Sistema Laboral” Ed. La Ley. Madrid. 1991.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Limites a la competencia y contrato de trabajo” en RPS, No 116. 1977.

RUBIO LINARES, E.: “*La ley como fuente de obligaciones en el Código Civil Español*” en SANCHEZ DE LA TORRE, A.: “Modalidades de responsabilidad jurídica: deber y obligación. Ed. Dykinson. Madrid. 2008.

RUBIO DE MEDINA, M.D: “El pacto de permanencia en la empresa” Ed. Bosh S.A, Barcelona, 2005.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “Extinción del contrato por voluntad del trabajador antes de iniciar la prestación efectiva de trabajo: análisis crítico de la doctrina de los tribunales. AS núm. 2, 2005.

SAIZ GONZÁLEZ J.P.: “*Legislación histórica sobre propiedad industrial. España (1759 -1929)*” Ed. Oficina de patentes y marcas. Madrid. 1996.

SALA FRANCO, T. et al.: “*Relaciones Laborales 2011*”. 2º Parte: La relación laboral. Capítulo XIV: El deber de buena fe contractual. Ed. Tirant La Blanch. 3º Ed. Valencia. 2011.

SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “La competencia entre la sociedad y sus directivos” *RdS* No 18, 2002.

SANCHEZ-CALERO, F., SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J: “*Instituciones del derecho mercantil* vol. I. Ed. Thomsom Aranzadi. Navarra. 2011.

SEBASTIAN LLORENTE, J.J.: “el pacto de no competencia postcontractual” *A.L.* No 20. 1990.

SEGALES, J.: “Derecho al trabajo, relación obligatoria y deuda formativa empresarial” Ed. Comares. Granada. 2001.

SELMA PENALVA, A.: “Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española.” *Ed. Tirant Lo Blanch.* Valencia. 2007.

SEMPERE NAVARRO. A.V.:

- “Despido disciplinario y preparación de la competencia desleal” *AS* vol. V. núm. 32. Pamplona, 1991
- El contrato de trabajo: la extinción del contrato de trabajo. Vol. IV.” *Ed. Aranzadi.* Navarra 2011.
- “La competencia desleal del trabajador y el perjuicio empresarial”. *BIB* 1997\813. Aranzadi Social vol. I parte Presentación, Pamplona. 1997.

- “El Tribunal Supremo perfila los pactos de no competencia post contractual” en *Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2009. BIB 2009\645.
- “Régimen jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas” *Revista de política social*, No 130, abril/junio 1981.

SEMPERE NAVARRO, A.V, LUJÁN ALCARAZ, J.: “Estudios previos al contrato de trabajo” *Aranzadi Social* tomo I parte Presentación. PAMPLONA. 1996. BIB 1996\1390.

SIERRA NOGUERO, E.: “Curso de Derecho Mercantil” 4ta Ed. Universitat Autònoma de Barcelona. Barcelona. 2009.

SIRVENT HERNANDEZ, N.: “*El pacto de permanencia en la empresa*”. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2002.

SOTO CARMONA, A.: “*El trabajo industrial en la España contemporánea (1874-1936)*” 1º Ed. Ed. Anthropos. Barcelona. 1989.

TARDÍO PATO, J.A.: “Los principios generales del derecho” Ed. Bosch. Barcelona. 2011.

TASCÓN LÓPEZ, R.: “*La ejecución de la obligaciones de hacer y no hacer en el orden social de la jurisdicción*” 1 Ed, Ed. Comares, Granada, 2005.

VIDA SORIA, J.: “Configuración jurídica general de la suspensión del contrato de trabajo” comunicación al congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Tema II, Barcelona, *RPS No 170*, 1966, Pág. 261 ss.

VIDA SORIA, J., et al.: “*Manual de derecho del trabajo*”. 9na ed. Ed. Comares. Granada. 2011.

VALDÉS ALONSO, A.: “Pacto de no competencia postcontractual y acto de conciliación. Sobre la supuesta “accesoriedad” de la obligación de no competencia respecto del contrato de trabajo”. *R.L* vol. 18 No 5. 2002.

VALDÉS DAL-RE, F.:

- “Transformaciones del derecho del trabajo y orden económico globalizado” Rev. Andaluza de relaciones laborales. No 12, 2003.
- “Las transformaciones de las fuentes en el derecho del trabajo: una aproximación” R.L Vol. 25, núm. 2. 2007
- “Tratos preliminares y condiciones del contrato de trabajo” RPS, 1976, núm. 111.

VALPUESTA FERNANDEZ, M.R., et al.: “*Derecho civil. De las obligaciones y contratos*”. 3ª Ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1998. PÁG.

VASQUES DE CASTRO E.: “*Determinación del contenido del contrato: Presupuestos y límites de la libertad contractual*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2002.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C: “Contratos. Comentarios a los artículos 1254 a 1314 del Código Civil. Título II. De los contratos. Capítulo primero” vLex. Barcelona. 2009. Fuente en línea. http://vlex.com/account/login_ip?fuentes_id=4619. Consulta: 31/03/2013

VILLA GIL L.E, LOPEZ CUMBRE L.: “*Los principios del derecho del trabajo*” Centro de Estudios Financieros D.L. 2003.

ZABALETA DÍAZ, M.: “*La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*”, Madrid. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2002.

ZURDO SANCHIDRIÁN, G.: “Incumplimiento del pacto de no competencia” *El Graduado: Boletín Informativo del Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid*, Nº. 48, 2005.

LISTADO DE ABREVIATURAS

Ar.	Aranzadi
AS.	Aranzadi Social.
Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
CC	Código Civil
C.C.o	Código de Comercio.
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
Dir.	Director.
DL.	Documentación Laboral.
Ed.	Edición.
ET.	Estatuto de los trabajadores.
Ibídem	En el mismo lugar
Ídem	En la misma página.
JUR.	Resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD de Aranzadi. Westlaw.es. Servicio internet de Aranzadi)
LCD.	Ley de Competencia Desleal
LDC.	Ley de Defensa de la competencia.
OIT.	Organización Internacional del Trabajo.
Ob. Cit.	Obra citada.
pág.	Página.
RD	Real Decreto
RJ	Resolución Judicial
RL	Relaciones laborales.
RVMTAS	Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales.

RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
RTCT	Repertorio del Tribunal Central de Trabajo
RT	Revista de Trabajo
REDT	Civitas. Revista española de derecho del trabajo
RDM.	Revista de Derecho Mercantil
RECPC	Revista electrónica de ciencia penal y criminología
	Trabajo. Revista andaluza de relaciones laborales,
RMTI.	Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración.
RATBS	Revista Andaluza de Trabajo y bienestar social.
	Revista de Derecho Privado Nueva Época
RdS	Revista de derecho de sociedades
RPS	Revista de política social,
RL	Relaciones Labores. Revista Crítica
ss.	siguientes.
STSJ	Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TCE	Tratado de constitución de la UE
TFUE	Tratado de funcionamiento de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea o Tratad0 de la Unión
TCT	Tribunal Central de Trabajo.
TSJ.	Tribunal superior de justicia
Vol.	Volumen.

RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

Sentencias del Tribunal Supremo

STS de Noviembre de 1979 (RJ 1979, 3936)

STS de 31 de diciembre de 1979 (RJ 1979/4499)

STS de 11 de noviembre de 1981 (RJ 1981\4409)

STS (Sala de lo Social) de 13 julio 1982 (RJ 1982\4610)

STS (Sala de lo Social) de 16 septiembre 1982 RJ 1982\5026

STS de 4 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 7283)

STS de 16 de Febrero de 1983 (RJ 1983, 660),

STS 23 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1179)

STS (Sala de lo Social) de 30 mayo 1983 (RJ 1983\2434)

STS de 8 de Julio de 1983 (RJ 1983, 4520)

STS de 20 de septiembre de 1984 (RJ 1984, 4440)

STS de 8 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5080)

STS de 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5611)

STS de 14 de febrero de 1984 (RJ 1984, 875),

STS de 18 de Abril de 1984 (RJ 1984/2113)

STS de 11 de Abril de 1984 (RJ 1984, 1956)

STS (Sala de lo Social) de 7 mayo 1984 RJ 1984\2972

STS (Sala de lo Social), de 19 noviembre 1984 (RJ 1984, 5863)

STS de 29 de Noviembre de 1984 (RJ 1984, 5913)

STS 11 de febrero de 1985 (RJ 1985, 629),

STS de 19 de Julio de 1985 (RJ 1985, 3820)

STS de 30 de Octubre de 1985 (1985, 5248)

STS 20 de Febrero de 1986 (RJ 1986, 962)

STS de 21 de abril de 1986 (RJ 1986, 2213)

STS de 13 de Mayo de 1986 (RJ 1986, 2541).

STS (Sala de lo Social) de 14 mayo 1986 (RJ 1986\2555).

STS 11 de Junio de 1986 (RJ 3528)

STS de 14 de enero de 1987 (RJ 1987, 27)

STS de 26 de enero de 1987 (RJ 1987\130)

STS de 30 de Marzo de 1987 (RJ 1987, 1756)

STS de 28 abril 1987 (RJ 1987, 2818)

STS de 14 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3709)

STS de 22 de mayo de 1987 (RJ 1987\3857)

STS de 28 de Mayo de 1987 (RJ 1987, 3908)

STS 8 de Junio de 1987 (1987, 4138),

STS de 15 de Junio de 1987 (RJ 1987, 4809)

STS (Sala de lo Social) de 14 julio 1987 (RJ 1987\5369)

STS de 23 de Julio de 1987 (RJ 1987, 5721)

STS de 22 de Septiembre de 1987 (RJ 1987, 6263)

STS (Sala de lo Social) a de 7 octubre 1987 RJ 1987\6855.

STS de 8 de octubre de 1987 (RJ 19877, 6973)

STS de 25 de Enero de 1988 (RJ 1988, 45)

STS de 26 de enero de 1988 (RJ 1988, 54)

STS (sala de lo civil) 22 de Abril de 1988 (RJ 1998/3275)

STS de 12 de Mayo de 1988 (RJ 1988, 3615)

STS de 8 de Julio de 1988 (RJ 1988/5680)

STS de 12 julio 1988 (RJ 1988, 5806)

STS 13 de Julio de 1988 (RJ 988/5816)

STS 22 de Septiembre de 1988 (RJ 1988\7097)

STS (Sala de lo Social) de 19 octubre 1988 RJ 1988\8117

STS de 18 de Julio de 1989 (RJ 1989, 5874)

STS de 26 de Julio de 1989 (RJ 1989, 5918)

STS 22 septiembre 1989 (RJ 1989/6469)

STS de 24 Septiembre 1989 (RJ 1989\7423)

STS de 27 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6529)

STS de 6 octubre 1989 (RJ 1989, 7123)

STS de 28 noviembre 1989 (RJ 1989, 8278)

STS de 26 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9082)

STS de 20 enero de 1990 (RJ 1990\170)

STS de 5 de Febrero de 1990 (RJ 1990/821)

STS 22 de febrero de 1990 (RJ 1135)

STS (Sala de lo Civil) de 28 febrero 1990 (RJ 1990\726).

STS de 7 de marzo de 1990 (RJ 1990/1773)

STS de 21 de Marzo de 1990 (RJ 1990, 2203)

STS de 29 de Marzo de 1990 (RJ 1990/2367)

STS (Sala de lo Civil) de 17 abril 1990 (RJ 1990\2721)

STS (Sala de lo Social) de 4 mayo 1990 (RJ 1990\3961)

STS (Sala de lo Social) de 4 mayo 1990 (RJ 1990\3966).

STS 7 mayo 1990, (RJ 3973/1990)

STS (Sala de lo Social) de 18 mayo 1990 (RJ 1990\4358)

STS de 28 de Mayo de 1990 (RJ 1990/ 4509)

STS de 5 junio 1990 (RJ 1990, 5020)

STS de 25 de junio de 1990 (RJ 1990\5515)

STS (Sala de lo Social) de 28 de Junio 1990 (RJ 1990/5537)

STS de 20 de Julio de 1990 (RJ 1990/6444)

STS de 20 de julio de 1990 (RJ 1990, 6447)

STS 22 de Julio de 1986 (RJ 1986/4283)

STS (Sala de lo Social) de 24 julio 1990 RJ 1990\6467

STS de 24 julio 1990 (RJ 1990, 6465)

STS de 17 septiembre 1990 (RJ 1990\7014)

STS de 17 de Septiembre de 1990 (RJ 1990, 7015)

STS de 24 de septiembre de 1990 (RJ 1990/ 7042)

STS de 3 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7526)

STS de 22 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7932)

STS de 29 octubre de 1990 (RJ 1990\7722)

STS de 22 de Octubre de 1990 (1990, 7707)

STS de 6 de Noviembre de 1990 (RJ 1990/8524)

STS 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8605)

STS de 28 de Noviembre de 1990 (1990, 8613).

STS (Sala de lo Social) de 17 diciembre 1990 RJ 1990\980.

STS (Sala de lo Social) de 26 diciembre 1990 (RJ 1990\9836).

STS (Sala de lo Social) de 2 de Enero 1991 (RJ 1991/46).

STS (Sala de lo Social) de 3 febrero 1991 (RJ 1991/790)

STS de 20 de febrero de 1991 (RJ 1991, 854)

STS de 8 marzo 1991 (RJ 1991, 1840)

STS 22 de Marzo de 1991, RJ 1889/1991

STS 17 de Mayo de 1991 (RJ 1991, 3916)

STS (Sala de lo Civil), sentencia de 2 julio 1991 (RJ 1991/5318)

STS de 10 de Julio de 1991 (RJ 1991/5880)

STS de 21 febrero 1992 (RJ 1992, 1047).

STS (Sala de lo Civil) núm. 139/1994 de 26 febrero RJ 1994\1198.

STS de 18 de Mayo de 1998 (1998/4654)

STS de 6 de Marzo de 1999 (RJ 1999, 1854)

STS de 29 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8164),

STSJ Tenerife 13 de Enero de 2000 (AS 2000, 208).

STS 26 de Abril de 2001 (RJ 2001, 4609).

STS (Sala de lo Civil) núm. 963/2000 de 18 octubre RJ 2000\8809

STS de 25 de octubre 2000 (RJ 2000, 9676)

STS núm. 983/2001, de 30 de Octubre 2001 (RJ 2001\8139)

STS (sala de lo civil) 1026/2001 de 31 de octubre de 2001 (RJ 2001/9639)

STS (Sala de lo civil) núm. 54/2002 de 5 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1600)

STS (Sala de lo Social) Auto de 14 noviembre 2002 (JUR 2002\277238)

STS (Sala de lo Social) de 1 abril 2003 RJ 2004\5406

STS de 2 de Julio de 2003 (RJ 2004/18)

STS de 14 de Julio de 2003 (RJ 2003, 4634)

STS de 14 de Julio de 2003 (RJ 4734/2003),

STS de 21 de Enero de 2004 (RJ 2004/1727)

STS de 5 de abril de 2004 (RJ 2004, 3437)

STS (Sala de lo Social) de 18 enero 2005 (RJ 2005\2425)

STS del 3 de Febrero de 2005 (RJ 1835/2005)

STS (Sala de lo Social) de 24 febrero 2005 (RJ 2005\2914)

STS (Sala de lo Social) de 7 de noviembre de 2005 (RJ 2006/1692)

STS (Sala de lo Social) Auto de 11 enero 2007 (JUR 2007\98489)

STS de 19 de Enero de 2007 (RJ 2007, 1912)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 559/2007 de 23 mayo RJ 2007\3603.

STS (sala de lo civil) núm. 617/2006 de 15 de junio (RJ 2006/3135)

STS (sala de lo civil) 11 julio 2006 (RJ 2006\4977)

STS (sala civil) núm. 899/2007 de 31 julio (Ar. RJ 2007\5093)

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1032/2007 de 8 octubre RJ 2007\6805.

STS (Sala de lo Social) en auto de 22 de Enero de 2008 (JUR 2008/185594)

STS de 10 de Febrero de 2008 (RJ 2009, 1480)

STS de 4 de Marzo de 2008 (2008/1463)

STS (Sala de lo Social) de 14 mayo 2008 (RJ 2008\5093)

STS de 19 de Mayo de 2008 (RJ 2008/3089)

STS (Sala Civil) núm. 1167/2008 de 15 diciembre 2008 (RJ 2009/153)

STS de 15 de Enero de 2009 (RJ 2009/653)

STS de 9 de febrero de 2009 (RJ 2009, 621)

STS de 9 febrero 2009 (RJ 2009\1443)

STS (Sala de lo Social) de 10 de febrero 2009 (RJ 2008/1445)

STS (Sala de lo Social) de 14 mayo 2009 (RJ 2009\3001)

STS (Sala de lo Civil) núm. 380/2009 de 21 mayo RJ 2009\3031.

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Auto de 19 enero 2010 JUR 2010\59362

STS (Sala de lo Social) de 20 de abril de 2010 (RJ 2010/4669)

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Auto de 6 mayo 2010 JUR 2010\213695

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 256/2010 de 1 junio RJ 2010\2662

STS de 25 de Octubre 2010 (RJ 2010/8456)

STS (Sala de lo Social) Auto de 27 enero 2011 (JUR 2011\114874).

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 19 enero 2011 (RJ 2011\2432).

STS (Sala de lo Social) 12 de Enero de 2012 (JUR 2012/61831).

STS 1324/2012, de 21 de Febrero de 2012.

STS (Sala civil) núm. 301/2012 de 18 mayo (Ar RJ 2012\6360).

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 12 julio 2012. RJ 2012\9598.

STS (Sala de lo Social) auto de 7 de noviembre de 2012 (JUR 2012/392630)

STS (Sala de lo Civil) núm. 668/2012 de 14 noviembre JUR 2012\392509.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 827/2011 de 22 noviembre RJ 2012\1636

Sentencias del Tribunal Constitucional

STCT de 24 noviembre RTCT 1981\6850

STC de 15 noviembre RTCT 1983\9654.

STC (Sala Primera) de 21 enero RTC 1988\6.

STC (Pleno) de 21 abril RTC 1988\73

STC de 11 de Abril (RTC 1994/99)

STC (Sala Segunda) de 25 noviembre (RTC 1996\186)

STC núm. 208/1999, de 11 de noviembre (RTC 1999/208)

STC núm. 192/2003 de 27 octubre, RTC 2003\192

Tribunal Central de Trabajo

STCT de 12 abril RTCT 1988\2943

STCT de 15 noviembre. (RTCT 1983\9654).

STCT de 24 noviembre. RTCT 1981\6850

Audiencia Provincial.

Auto de Audiencia Provincial de Madrid de 1 de julio de 1996 (AC 1996, 1942)

Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), Sentencia núm. 377/2011 de 16 septiembre (AC 2011/217)

Audiencia Provincial de Valladolid, sentencia núm. 403/2011 de 22 noviembre, AC 2011\1621

Audiencia Provincial de Islas Baleares Sentencia núm. 437/2010 de 3 diciembre (AC 2011\191)

Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª) Sentencia núm. 643/2010 de 27 diciembre (JUR 2011/120523)

Audiencia Provincial de Barcelona Sentencia núm. 47/2012 de 9 febrero, JUR 2012\152322

Sentencias de los Tribunales Supremos de Justicia de las Comunidades Autónomas.

Andalucía.

STSJ de Andalucía, núm. 2050/1999 de 17 septiembre (AS 1999\2960)

STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social) núm. 133/2000 de 28 enero AS 2000\93

STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social) núm. 913/2001 de 20 marzo (JUR 2001\194900)

STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 4388/2002 de 26 de noviembre (AS 2003/1092)

STSJ Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 431/2006 de 2 febrero (AS 2006/2128)

STSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Social) núm. 1618/2007 de 30 mayo

STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 232/2007 de 31 de enero (JUR 2008/18881)

STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social) núm. 531/2009 de 25 febrero (AS 2009/1099)

STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) núm. 2240/2009 de 9 de Junio (JUR 2009/365262)

STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social) núm. 2797/2008 de 16 septiembre (JUR 2009/135565)

STSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 4252/2008 de 17 diciembre (JUR 2009\193844)

STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social) núm. 1208/2009 de 29 abril (AS 2011/1184)

STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social) núm. 2895/2010 de 26 octubre (JUR 2011\22644)

STSJ de Andalucía, (Sala de lo Social) núm. 3049/2009 de 9 diciembre (JUR 2011/111646)

STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social) núm. 794/2012 de 8 marzo (AS 2012/1002)

STSJ de Andalucía núm. 1922/2012 de 14 de Junio (AS 2013/313)

Aragón.

STSJ Aragón (Sala de lo Social), núm. 913/1994 de 16 noviembre (AS 1994/4214)

STSJ de Aragón (Sala de lo Social) núm. 376/2003 de 2 de Abril (JUR 2003/130783)

STSJ de Aragón, (Sala de lo Social, Sentencia núm. 107/2008 de 13 febrero (AS 2008\1105)

STSJ de Aragón (Sala de lo Social) núm. 106/2008 de 13 de febrero (AS 2008/1313)

STSJ de Aragón (Sala de lo Social) núm. 573/2012 de 10 de octubre (AS 2013/991)

Asturias

STSJ Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 19 marzo 2004 (JUR 2004\127927)

STSJ de Asturias (Sala de lo Social) núm. 2253/2003 de 11 de Julio (JUR 2004/14960)

STSJ de Asturias, núm. 966/2008 de 9 mayo (AS 2008\1432)

STSJ de Asturias, (Sala de lo Social) núm. 120/2010 de 15 enero AS 2010\1969

STSJ Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2881/2010 de 24 noviembre (AS 2011\291),

Canarias.

STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 13 abril 1993 (AS 1993/1887),

STSJ de Canarias de 8 junio 1995 (AS 1995/2606)

STSJ de Canarias/Las Palmas de 28 de marzo de 2001 (AS 2001, 2736)

STSJ de Canarias núm. 394/2002, de 8 de Julio (JUR 2002/243924).

Cantabria.

STSJ de Cantabria, (Sala de lo Social) núm. 423/1993 de 11 mayo AS 1993\2336.

STSJ de Cantabria (Sala de lo Social) núm. 715/2001 de 30 de Mayo (AS 2001/1676)

STSJ de Cantabria (Sala de lo Social) núm. 967/2006 de 30 de octubre (JUR 2006/277684)

STSJ de Cantabria núm. 162/2009 de 27 de Febrero de 2009 (JUR 2009/187434)

Cataluña.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 12 de Mayo de 1992 (AS 1992/2834)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 23 de octubre de 1992 (AS 1992/5146)

STSJ de Cataluña de 28 de febrero de 1994 (AS 1994,604)

STSJ de Cataluña de 16 de Junio de 1995 (AS 1995, 2400)

STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 4378/1995 de 19 julio AS 1995\3112

STSJ de Cataluña núm. 5933/1995 de 3 de Noviembre de 995 (AS 1995/4424)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social Núm. 54/1996 de 3 de Enero (AS 1996/828)

STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 7855/1999 de 5 noviembre (AS 1999\4666)

STSJ Cataluña (Sala de lo Social), sentencia núm. 6651/1999 de 1 octubre. AS 1999\4191

STSJ de Cataluña núm. 1982/2000 de 1 marzo (AS 2000\1669)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 4218/2000 de 16 de Mayo (AS 2000/1925)

STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 8499/2000 de 20 octubre (AS 2000\4535)

STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 3081/2001 de 4 abril (AS 2001\2306)

STSJ de Cataluña núm. 3428/2001 de 23 de abril de 2001 (JUR 2001/181671)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 4321/2001 de 18 de Mayo (AS 2001/2694).

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 6599/2001 de 26 de Julio (JUR 2001/275587)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 5931/2001 de 10 Julio (AS 2001/3626)

STSJ Cataluña (Sala de lo Social), núm. 6701/2002 de 21 octubre (AS 2002\3463)

STSJ Cataluña (Sala de lo Social), núm. 6907/2002 de 29 octubre (AS 2002\3465)

STSJ de Castilla y León, de 14 de Mayo de 2002 (AS 2002/3164)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 5046/2002 de 9 de Julio (AS 2002/2869)

STSJ de Cataluña núm. 6523/2002 de 15 de octubre de 2002 (AS 2002/3181)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 9127/2001 de 22 de Noviembre (AS 2002/242)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 63/2003 de 10 de Enero (AS 2003/570)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 342/2003 de 21 de Enero (JUR 2003/55058)

STSJ Cataluña (Sala de lo Social) núm. 2010/2003 de 25 de Marzo (AS 2003/1958)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 2250/2003 de 8 de abril (AS 2003/2255)

STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social) núm. 826/2003 de 9 julio AS 2003\2591

STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 6755/2004 de 5 octubre AS 2004\3449

STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 6400/2003 de 16 octubre (JUR 2004\7297

STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 494/2005, de 21 de Enero (JUR 2005/63672)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 545/2005 de 24 de Enero (AS 2005/405)

STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 915/2005 de 8 febrero (AS 2005\658)

STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 5110/2005 de 3 junio (JUR 2005\182023)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 1614/2006 de 20 de febrero (JUR 2006/115334)

STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2775/2006 de 4 abril (AS 2006\2703

STSJ de Cataluña, núm. 3062/2007 de 26 abril (JUR 2007\280749)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 6639/2006 de 9 de octubre (AS 2007/1301)

STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 7473/2007 de 30 octubre (AS 2007\3602)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 8092/2006 de 20 de noviembre (AS 2007/1118)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 6639/2006 de 9 de octubre (AS 2007/1301)

STSJ de Cataluña (Sala lo Social) núm. 8860/2007 de 13 de diciembre (AS 2008/751)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 5034/2009 de 19 de Junio (JUR 2009/390751

STSJ Cataluña (Sala de lo Social) núm. 1566/2010 de 24 de febrero (JUR 2010/167168)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 5899/2010 de 17 de Septiembre (JUR 2010/375192)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 8857/2009 de 3 de Diciembre (AS 2010/811)

STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 215/2011 de 14 enero (AS 2011\926)

STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) núm. 1479/2011 de 24 febrero (AS 2011\1725)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 3259/2011 de 11 de mayo (AS 2011/1777)

STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 5893/2011 de 22 septiembre (AS 2011\2860)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 7016/2010 de 2 de Noviembre (JUR 2011/81864)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 7625/2010, de 23 de Noviembre (JUR 2011/90116)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 1800/2012, de 7 de Marzo (AS 2012/1354)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 5220/2012 de 10 de Julio (JUR 2012/296773)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 287/2013 de 15 de Enero (JUR 2013/101121)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 4054/2013 de 7 de Junio (JUR 2013/261121)

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 8295/2012 de 10 de diciembre (JUR 2013/45203)

Castilla y León.

STSJ Castilla y León (Burgos) de 28 septiembre 1995 (AS 1995/3240)

STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social) de 23 de marzo de 1998 (AS 1998/5835)

STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social) de 30 junio 1998 AS 1998\3729

STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social) de 19 de Enero de 1999 (AS 1999/1054)

STSJ de Castilla y León de 14 de Mayo de 2002 (AS 2002/3164)

STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social) Sentencia núm. 827/2002 de 1 octubre JUR 2002\257967

STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social) núm. 210/2007 de 15 marzo (AS 2007\1767)

STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social) núm. 268/2007 de 29 marzo AS 2007\2323

STSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 875/2007 de 30 mayo (JUR 2007\277175)

STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social) núm. 380/2010 de 3 junio (AS 2010\1704)

STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social) núm. 136/2012 de 1 de Marzo (JUR 2012/93834)

STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social) núm. 283/2012 de 26 de Abril (AS 2012/2537)

Castilla-La Mancha

STSJ de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 1626/2005 de 1 diciembre AS 2005\3586.

STSJ de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social) núm. 1301/2006 de 31 julio (AS 2006\2424)

STSJ de Castilla La Mancha (Sala de lo Social) núm. 838/2013 de 20 de Junio JUR 2013/244065

Extremadura

STSJ Extremadura (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 218/2003 de 8 abril (JUR 2003/200263)

STSJ de Extremadura (Sala de lo Social) núm. 81/2007 de 8 de febrero (AS 2007/1390)

STSJ de Extremadura, (Sala de lo Social) núm. 576/2007 de 21 septiembre (AS 2007/3229)

STSJ de Extremadura, (Sala de lo Social) núm. 738/2006 de 11 diciembre (AS 2007/921)

STSJ de Extremadura, (Sala de lo Social) núm. 180/2009 de 2 abril (JUR 2009/231881)

STSJ de Extremadura, (Sala de lo Social) núm. 60/2010 de 4 febrero AS 2010/1083

Galicia.

STSJ de Galicia, (Sala de lo Social) de 25 marzo 1992 (AS 1992\1254)

STSJ Galicia de 15 Septiembre de 1994 (AS 1994/3411)

STSJ de Galicia, (Sala de lo Social) de 15 junio 2000 (AS 2000\1701)

STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 8 de Marzo de 2003 (AS 2003/2690)

STSJ de Galicia, (Sala de lo Social) Sentencia de 26 septiembre 2006 (AS 2007\3621)

STSJ de Galicia (Sala de lo Social) núm. 705/2008 de 7 de Abril (JUR 2008/162155)

STSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 925/2010 de 3 marzo (AS 2010\1484)

STSJ de Galicia, (Sala de lo Social) núm. 3438/2010 de 1 julio JUR 2010\319615.

STSJ de Galicia, (Sala de lo Social) núm. 2349/2011 de 5 mayo JUR 2011\207409.

STSJ de Galicia núm. 872/2012 de 17 febrero (JUR 2012\90327),

STSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 1677/2012 de 19 marzo (AS 2012\795)

STSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2298/2012 de 16 abril (JUR 2012/152425)

Islas Baleares.

STSJ de Islas Baleares, (Sala de lo Social) de 12 abril 1991 (AS 1991\2814)

STSJ de Baleares de 1 de Abril de 1992 (AS 1992, 1786)

STSJ de Islas Baleares (Sala de lo Social) núm. 122/1996 de 18 de marzo (AS 1996/1818)

STSJ de Islas Baleares, (Sala de lo Social) núm. 253/1996 de 14 junio AS 1996\2431.

STSJ de Islas Baleares núm. 594/2003 de 22 septiembre (AS 2004\28).

STSJ de Islas Baleares, (Sala de lo Social) núm. 527/2011 de 30 diciembre (JUR 2011\120322)

Islas Canarias

STSJ a de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, núm. 24/2000 de 13 enero, (AS 2000\208)

STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, núm. 764/2000 de 25 octubre JUR 2001\91859

STSJ de Islas Canarias, núm. 156/2007 de 22 febrero AS 2007\1953

STSJ de Islas Canarias, núm. 640/2009 de 1 septiembre AS 2009\280

STSJ Islas Canarias, (Sala de lo Social) núm. 914/2010 de 29 de Junio (AS 2010/2878)

STSJ Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social) núm. 717/2010 de 27 de Mayo (AS 2011/9)

La Rioja.

STSJ La Rioja (Sala de lo Social), sentencia núm. 11/1993 de 8 febrero (AS 1993/638)

STSJ de La Rioja, (Sala de lo Social) núm. 429/2011 de 2 de Diciembre (AS 2011/2613)

STSJ de La Rioja (Sala de lo Social) núm. 221/2012 de 24 de mayo (AS 2013/309)

Las Palmas.

STSJ de Las Palmas, núm. 484/1994 de 20 septiembre (AS 1994\3361)

Madrid.

STSJ de Madrid de 26 noviembre 1997 AS 1997\4257

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 466/1998 de 19 mayo, (AS 1998\5308)

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 481/1998 de 22 de Junio (AS 1999/2717)

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 670/1999 de 21 diciembre AS 2000\732

STSJ Madrid (Sala de lo Social) núm. 363/2001 de 17 de Mayo (JUR 2001/199341)

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 404/2001 de 29 de Mayo (AS 2001/2282)

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 687/2000 de 13 de Diciembre (JUR 2001/94451)

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 236/2002 de 21 de Marzo (AS 2002/1509)

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 259/2002 de 2 de Abril de 2002 (AS 2002/1754)

STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), núm. 539/2002 de 25 julio. AS 2002\3114

STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), núm. 869/2001 de 11 diciembre (AS 2002\790)

STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª), núm. 1134/2002 de 17 diciembre (JUR 2003\113555).

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 430/2003 de 13 de mayo (JUR 2004/14274)

STSJ de Madrid núm. 673/2003 de 8 julio, (AS 2004, 1566)

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 938/2003 de 18 de noviembre (AS 2004/2247)

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 1078/2004 de 1 diciembre (AS 2004\3275)

STSJ Madrid núm. 1076/2004 de 01 de Diciembre de 2004 (AS 2004, 3318)

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 70/2005 de 8 febrero AS 2005\156.

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 239/2005 de 5 abril AS 2005\835

STSJ Madrid, (Sala de lo Social) núm. 231/2005 de 7 abril (AS 2005\726).

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 221/2005 de 7 de Abril (JUR 2005/106701)

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 542/2005 de 28 junio AS 2005\1658.

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 795/2005 de 5 octubre AS 2005\3118

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 1059/2005 de 13 diciembre AS 2005\3790

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 4/2006 de 2 enero (AS 2006\278)

STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), núm. 213/2006 de 21 febrero. AS 2006\1177.

STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), núm. 358/2006 de 18 abril. JUR 2006\186299.

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 352/2005 de 10 mayo (AS 2006\2047)

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 712/2006 de 26 septiembre AS 2006\3166

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 1054/2003 de 9 diciembre JUR 2006\197285.

STSJ Madrid (Sala de lo Social) núm. 986/2005 de 20 de diciembre (JUR 2006/64665)

STSJ de Madrid, núm. 1091/2005 de 20 diciembre (JUR 2006\69176)

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 21 de Marzo de 2007 (JUR 2007/231049

STSJ de Madrid de 27 de junio de 2007, núm. 578/2007 (AS 2007\3037)

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 733/2007 de 12 de septiembre (JUR 2007/330486)

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 940/2006 de 5 diciembre (AS 2007\1053)

STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 8720/2007 de 26 diciembre

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 283/2008 de 14 abril AS 2008\1699.

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 461/2008 de 27 de Mayo (JUR 2008/284204).

STSJ de Madrid núm. 538/2008 de 17 de Junio de 2008 (2008/2046)

STSJ de Madrid de 20 de octubre de 2008 (AS 2008/3148).

STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2008 (AS 2008/3211).

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 718/2008 de 12 de Noviembre (AS 2008/3044)

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 330/2009 de 14 abril (AS 2009\1627).

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 351/2008 de 21 de Mayo (AS 2009/457)

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 618/2009 de 6 de octubre (AS 2009/2898)

STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª), núm. 816/2008 de 5 noviembre (AS 2009\527)

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 710/2008 de 10 de Noviembre (AS 2009/913)

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 128/2011 de 28 de febrero (AS 2011/1466)

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 171/2011 de 10 marzo (AS 2011\1057)

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 201/2010 de 22 de marzo (JUR 2010/206616)

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 276/2011 de 25 abril (AS 2011\1635).

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 382/2011 de 30 mayo (JUR 2011\267710)

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 448/2011 de 20 junio (AS 2011\2354).

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 517/2011 de 18 julio AS 2011\2746

STSJ Madrid (Sala de lo Social) núm. 843/2010 de 29 de octubre (AS 2011/30)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) núm. 61/2012 de 30 de enero (AS 2012/253)

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 262/2012 de 11 abril (AS 2012\1535).

STSJ de Madrid, (Sala de lo Social) núm. 527/2012 de 8 junio (AS 2012\2873).

Murcia.

STSJ de Murcia de 2 de octubre de 1992 (AS 1992, 5046)

STSJ de Murcia (Sala de lo Social) núm. 954/1996 de 8 de octubre (AS 1996/4593)

STSJ de Murcia, (Sala de lo Social) núm. 951/2003 de 14 julio JUR 2003\234964.

STSJ Murcia (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 386/2005 de 4 abril (AS 2005\607

STSJ de Murcia de 12 de Mayo de 2008 (JUR 2008/275938)

STSJ de Murcia (Sala de lo Social) núm. 614/2008 de 15 de Julio (JUR 2008/353916)

STSJ de Murcia (Sala de lo Social) núm. 256/2010 de 12 de Abril (JUR 2010/194176)

STSJ de Murcia, (Sala de lo Social) núm. 686/2012 de 24 septiembre (JUR 2012\366553)

Navarra

STSJ de Navarra, (Sala de lo Social) Sentencia núm. 153/2000 de 28 abril AS 2000\1017

STSJ de Navarra (Sala de lo Social) núm. 141/2001 de 30 de Abril (AS 2001/2238)

STSJ de Navarra (Sala de lo Social) núm. 440/2000 de 29 de diciembre (AS 2001/140)

STSJ Navarra (Sala de lo Social, Sección Única), sentencia núm. 54/2003 de 17 marzo (AS 2003\1643)

STSJ de Navarra (Sala de lo Social) núm.150/2003 de 26 de Mayo (JUR 2003/211329)

STSJ Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 139/2005 de 26 abril (AS 2005\1105)

STSJ de Navarra, (Sala de lo Social) núm. 190/2008 de 28 julio AS 2008\2489.

STSJ de Navarra (Sala de lo Social) núm. 346/2007 de 21 de diciembre (JUR 2008/108388)

STSJ de Navarra, (Sala de lo Social) núm. 249/2010 de 17 septiembre (AS 2010\2934)

País Vasco.

STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) de 30 de Marzo de 1993 (AS 1993/1384)

STSJ de País Vasco de 24 octubre 1994 (AS 1994\4072)

STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social) de 4 diciembre 2000 (AS 2001\2972)

STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) de 6 de marzo de 2001 (AS 2002/850).

STSJ de País Vasco de 4 de Septiembre de 2001 (AS 2002/962)

STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) de 23 de Enero (AS 2004/1827)

STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) de 3 de febrero de 2004 (AS 2004/218)

STSJ País Vasco (Sala de lo Social, Sección 6ª), núm. 2307/2004 de 16 noviembre (AS 2004\3952)

STSJ País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 1284/2005 de 20 mayo (AS 2005\2610)

STSJ País Vasco (Sala de lo Social, Sección 3ª), núm. 1582/2004 de 20 julio JUR 2005\42847

STSJ País Vasco (Sala de lo Social) núm. 1582/2004 de 20 de Julio (JUR 2005/42547)

STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) de 15 de noviembre de 2005 (AS 2006/780).

STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) núm. 2379/2007 de 18 de septiembre (AS 2008/179)

STSJ de País Vasco (Sala de lo Social) núm. 2596/2008 de 3 de Noviembre (JUR 2009/202821)

STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social) de 2 febrero 2010 (JUR 2010\148240)

STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social) núm. 547/2012 de 28 febrero (JUR 2012\185946)

STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social) núm. 289/2012 de 31 enero (AS 2012\2861)

C. Valencia.

STSJ de La Comunidad Valenciana, (Sala de lo Social) 22 de septiembre 1998 (AS 1998, 3875).

STSJ de La Comunidad Valenciana, (Sala de lo Social) núm. 2351/2000 de 1 junio (JUR 2000\282497)

STSJ de La Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) núm. 4823/2000 de 28 de noviembre (JUR 2001/119753)

STSJ de La Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) núm. 895/2002 de 12 de febrero (JUR 2002/268695).

STSJ de La Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) núm. 77/2003 de 9 de Enero (AS 2003/3195).

SSTSJ de La Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) núm. 5994/2002 de 31 de octubre (JUR 2003/207110)

STSJ de La Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) núm. 1910/2003 de 7 de mayo (AS 2004/1093).

STSJ de La Comunidad Valenciana núm. 2942/2004 de 8 de Octubre (AS 2004/3689)

STSJ de La Comunidad Valenciana núm. 1177/2005 de 21 de abril (JUR 2005/164644)

STSJ La Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) núm. 1412/2005 de 9 de Mayo (JUR 2005/195954)

STSJ de La Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) núm. 3320/2004 de 12 de noviembre (JUR 2005/42700)

STSJ de La Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) núm. 3079/2005 de 4 de octubre (AS 2006/836)

STSJ de La Comunidad Valenciana, (Sala de lo Social) núm. 3808/2005 de 29 noviembre (JUR 2006\138355)

STSJ de La Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) núm. 1950/2007 de 23 de mayo (AS 2007/2837)

STSJ de La Comunidad Valenciana núm. 2991/2007 de 28 de septiembre (AS 2007/3443)

STSJ de La Comunidad Valenciana, (Sala de lo Social) núm. 3347/2006 de 9 noviembre JUR 2007\117725.

STSJ de La Comunidad Valenciana núm. 2612/2008 de 17 julio (AS 2008\2886)

STSJ La Comunidad Valenciana núm. 3246/2008 de 14 de octubre (AS 2008/3132)

STSJ de La Comunidad Valenciana, (Sala de lo Social) núm. 8/2009 de 13 enero (AS 2009\1989)

STSJ de La Comunidad Valenciana Sentencia núm. 10/2009 de 13 enero (JUR 2009\252850)

STSJ de La Comunidad Valenciana, (Sala de lo Social) núm. 2091/2009 de 23 junio (AS 2009\1923).

STSJ de La Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) núm. 746/2010 de 5 de marzo (AS 2010/1497)

STSJ de La Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) núm. 3270/2009 de 10 de Noviembre (AS 2010/403).

STSJ de La Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) núm. 452/2011 de 15 de febrero (JUR 2011/160306)

STSJ de La Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) núm. 1169/2013 de 8 de mayo (JUR 2013/260778)

STSJ La Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) núm. 1771/2012 de 19 de Junio (JUR 2012/310119)